

XII  
2019

Anuario de la  
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ



**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE  
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ  
VOL. XII-2019**



# ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

José Enrique Bustos Pueche (*Universidad de Alcalá*)

### DIRECTORA

M<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*)

### SUBDIRECTORA

Margarita Viñuelas Sanz (*Universidad de Alcalá*)

### COORDINADOR DE EDICIÓN

José Manuel del Valle Villar (*Universidad de Alcalá*)

### SECRETARIOS ACADÉMICOS

Francisco Javier Díaz González (*Universidad de Alcalá*) y Jorge García-Andrade Gómez (*Universidad de Alcalá*)

### VOCALES

José Ignacio Rodríguez González (*Universidad de Alcalá*), Juan Antonio Bueno Delgado (*Universidad de Alcalá*), y Ángeles Martín Rodríguez (*Universidad de Alcalá*)

## COMITÉ ASESOR

Eugenia Ariano Deho (*Universidad San Marcos de Lima*), Philippe Auvergnon (*Universidad de Burdeos*), José Manuel Calderón Ortega (*Universidad de Alcalá*), Carmen Chinchilla Marín (*Universidad de Alcalá*), Luis Javier Cortés Domínguez (*Universidad de Alcalá*), Eva Desdentado Daroca (*Universidad de Alcalá*), José María Espinar Vicente (*Universidad de Alcalá*), Alfonso García-Moncó Martínez (*Universidad de Alcalá*), Carlos García Valdés (*Universidad de Alcalá*), M. Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*), José Luis Gil y Gil (*Universidad de Alcalá*), Juana M. Gil Ruiz (*Universidad de Granada*), Fernando Gómez-Carbajo de Viedma (*Universidad de Alcalá*), Emiliano González Díez (*Universidad de Burgos*), Juan Carlos González Hernández (*Universidad de Alcalá*), Santiago Hierro Anibarro (*Universidad de Alcalá*), Miriam M. Ivanega (*Universidad de Buenos Aires*), Carlos Jiménez Piernas (*Universidad de Alcalá*), Michael Lang (*Universidad de Viena*), Diego-Manuel Luzón Peña (*Universidad de Alcalá*), María Marcos González (*Universidad de Alcalá*), Isabel Martínez Jiménez (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Carolina Martínez Moreno (*Universidad de Oviedo*), Luis Martínez Vázquez de Castro (*Universidad Jaume I*), Isaac Merino Jara (*Universidad del País Vasco*), Esteban Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Carlos Molina del Pozo (*Universidad de Alcalá*), Emma Montanos Ferrín (*Universidad de A Coruña*), Malina Novkirishcka-Stoyanova (*Universidad de Sofía*), Juan

Ignacio Peinado Gracia (*Universidad de Málaga*), Nazareth Pérez de Castro (*Universidad de Alcalá*), Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*), Teresa Rodríguez Montañés (*Universidad de Alcalá*), Miguel Sánchez Morón (*Universidad de Alcalá*), Vittorio Santoro (*Universidad de Siena*), Silvia del Saz Cordero (*UNED*), Balázs Schanda (*Universidad Católica de Budapest Pázmány Péter*), Achim Seifert (*Universidad de Jena*).

## CONSEJO EDITORIAL

Avelina Alonso de Escamilla (*Universidad CEU San Pablo*), Kai Ambos (*Universidad Georg-August de Göttingen*), Mercé Barceló Serramalera (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Raúl Canosa Usera (*Universidad complutense de Madrid*), Jesús M. Casal Hernández (*Universidad Católica Andrés Bello*), Raffaele Caterina (*Universidad de Turín*), Alberto Ricardo Dalla Via (*Universidad de Buenos Aires*), Sionaidh Douglas-Scott (*Universidad de Oxford*), Francisco J. Eguiguren Praeli (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), Carlos Fernández Rozas (*Universidad Complutense de Madrid*), Javier García Roca (*Universidad Complutense*), Mónica Guzmán Zapater (*UNED*), María Ángeles Parra Lucán (*Universidad de Zaragoza*), Claudio M. Radaelli (*Universidad de Exeter*), Pablo Ruiz Tagle (*Universidad de Chile*), Agustín Squella Narducci (*Universidad de Valparaíso*), Ángeles Solanes Corella (*Universidad de Valencia*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*), Marco Ventura (*Universidad de Siena*), Javier de Vicente Remesal (*Universidad de Vigo*).

## SUSCRIPCIÓN

Facultad de Derecho.  
C/ Libreros 27. 28801 Alcalá de Henares (Madrid)

*Para la suscripción, adquisición de ejemplares o colaboración con el Anuario, consultar las Instrucciones para los autores y la Hoja de pedido/suscripción.*

ISSN: 1888-3214

Depósito legal: M-3.445-1992

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá es una publicación de periodicidad anual que se publica en el primer trimestre de cada año. El Anuario se encuentra indexado en las Bases de datos ACNP -italiana- CIRC, COPAC, CSIC, DIALNET, DICE, DULCINEA, EBSCO, IN-RECJ, ISOC, Directorio y Catálogo LATINDEX, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC, vLEX y ZDB

# ÍNDICE

## I. ESTUDIOS

- Interpretación y calificación jurídica de hechos..... págs. 3-31  
por *Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz*
- Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate  
nel GDPR..... págs. 33-69  
por *Claudio Sarra*
- Interés superior del menor y deporte profesional ..... págs. 71-93  
por *Carmen Florit Fernández*
- Menores de edad: ¿Un derecho a la propia muerte?..... págs. 95-116  
por *Santiago San Antonio Márquez*
- La exclusión de los menores Trans en el ámbito de la  
Ley 3/2007, de 15 de marzo..... págs. 117-148  
por *Alfonso Vicente Lorca*
- Estudio sobre la responsabilidad contractual desde la  
perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la  
modernización del derecho contractual ..... págs. 149-167  
por *Yun Li*
- Incumplimiento contractual del artículo 50 del estatuto de los  
trabajadores por modificación sustancial de condiciones  
de trabajo..... págs. 169-193  
por *Macarena Castro Conte*
- Las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*) en los  
procesos de fusión y adquisición de empresas en el  
ordenamiento jurídico español..... págs. 195-220  
por *María Fenollar González*

## II. NOTAS

- El fiscal: notas sobre ética y deontología..... págs. 223-234  
por *Justino Zapatero Gómez*
- Pronunciamento del TJUE sobre los contratos excluidos  
en el artículo 10, letra H, de la Directiva 2014/24/UE:  
sentencia TJUE de 21 de marzo de 2019 (C-465/17) ..... págs. 235-243  
por *Carlos Francisco Molina Del Pozo*

- Cuestiones controvertidas en la aplicación de la ley integral  
contra la violencia de género ..... págs. 245-254  
por *Silvia Pascual Lopez*

### III. ACTOS ACADÉMICOS

- Conferencia en la fiesta de San Raimundo de Peñafort  
curso 2018-2019: “Tensión y extensión de los derechos” ..... págs. 257-266  
por *Consuelo Madrigal*
- Conferencia en la fiesta de San Raimundo de Peñafort  
curso 2018-2019: “Tensión y extensión de los derechos” ..... págs. 267-271  
por *Angel Francisco Llamas Luengo*
- Foro de debate. Curso 2018-2019 ..... págs. 273-276  
por *José Manuel del Valle*

### IV. RECENSIONES

- Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política  
con Benjamín Rivaya ..... págs. 279-285  
por *Guillermo Escobar Roca*
- La seguridad social en España y la idea de solidaridad ..... págs. 286-289  
por *José Manuel del Valle*
- La gran reforma social de 1900. Filantropía social y  
emergencia de las primeras leyes obreras ..... págs. 290-294  
por *Aránzazu Roldán Martínez*
- El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica..... págs. 295-298  
por *Tatsiana Ushakova*
- Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros ..... págs. 299-302  
por *Alejandro Martín Zamarriego*
- La prueba de ADN como prueba científica. su virtualidad jurídico  
procesal ..... págs. 303-310  
por *Antonio Villanueva Martínez*

### V. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES ..... págs. 313-318

### VI. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES ..... págs. 319-321

### **III. ACTOS ACADÉMICOS**



# CONFERENCIA EN LA FIESTA DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT: “TENSION Y EXTENSION DE LOS DERECHOS”

CONSUELO MADRIGAL

*Fiscal del Tribunal Supremo*

**I.** Excmo. Sr. Decano, Dignísimas autoridades académicas, Sras. y Srs.:

La sociedad reconoce derechos porque identifica capacidades y posibilidades humanas valiosas y honra ese valor. SCHELLING escribió que “quien ha gustado la libertad siente la aspiración a hacerlo todo análogo con ella, a extenderla sobre el universo entero”. La historia de los derechos humanos da cuenta de ese carácter expansivo de la libertad y de su inevitable orientación a la igualdad. A lo largo del pasado siglo, historicismo, marxismo, neokantismo, fenomenología y otros movimientos filosóficos, articularon una severa crítica de cualquier categoría jurídica o política al margen de la historia, propiciando la actual concepción dinámica y proteica de los derechos humanos, como núcleo común de consenso ético.

Ese dinamismo expansivo se orienta hoy a objetos de signo colectivo: la paz, el medioambiente, la autodeterminación informativa... aspiraciones humanas apremiantes que se conciben como derechos de tercera generación, pendientes de reconocimiento en un tercer Pacto Internacional que se sume a los dos de 1966.

El reconocimiento universal de los derechos de los niños en la CDN de 1989 no sólo fue el cumplimiento de un deber demorado, fue el primer paso en aquella dirección, por la que avanza ahora la Resolución de la Asamblea General de UN de 25 de septiembre de 2015 *La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*: 17 Objetivos y 169 metas asociadas para poner fin a la pobreza y las desigualdades, construir sociedades justas e inclusivas, garantizar los derechos humanos y la igualdad de las mujeres en todo el mundo ..., pero priorizando en todos los objetivos y metas, los derechos de los niños como *agentes fundamentales del cambio*.

**II.-** Estos objetivos se encuentran lejos pero su asunción internacional es un programa de futuro. Por el contrario, si volvemos la vista atrás, la historia de la infancia, como factor relevante de comprensión del pasado, arroja cotas incalculables de barbarie y sufrimiento. El estudio psicoanalítico de las motivaciones de los acontecimientos históricos revela que los modos de crianza y trato a los niños no son un rasgo cultural más: son la condición misma de la transmisión y desarrollo de todos los elementos culturales y constituyen, por tanto, un condicionante decisivo de la evolución social.

Con este enfoque, Lloyd DEMAUSE ha observado a lo largo de los siglos una suerte de presión inter-generacional, originada por la necesidad inconsciente del

adulto de afrontar simbólicamente los traumas de la infancia. Y también, que las interacciones más incisivas en la psique de la siguiente generación se producen precisamente cuando el adulto se encuentra ante un niño que “necesita algo”. Puede entonces, *proyectar* la ansiedad y los contenidos de su inconsciente en el niño: un mecanismo de defensa que subyace en prácticas crueles como los sacrificios, o estrambóticas como la secular “empañadura” o “fajado” que sujetaba cabeza, cuerpo y miembros de los niños pequeños para prevenir supuestos riesgos, deformidades o tocamientos. Otra posible reacción es la de *inversión* en la que el niño opera como sustituto simbólico de una figura importante en la infancia del adulto, tanto para la demanda de afecto como para el aborrecimiento y castigo. Se ha visto - y algunas novelas de DOSTOIEVSKI dan cuenta de ello -, cómo el infanticidio y la crueldad con los niños son figuras inversas de parricidio.

Proyección e inversión explican mejor que la crueldad o el cinismo la ausencia de sentimientos de culpabilidad o incluso la “autocompasión” de los padres respecto a las prácticas sacrificiales, el infanticidio, el abandono, la manipulación y explotación sexual, la venta como esclavos o siervos, el apaleamiento y la brutalidad sobre los hijos, frecuentes y tolerados en las primeras fases de la historia de la humanidad.

Por otra parte, la alta tasa de mortalidad infantil que persistió hasta principios del siglo XX, puede relacionarse con la distancia afectiva que caracterizó las relaciones paternofiliales durante siglos. Martha NUSSBAUM explica cómo ver a una persona u objeto queridos, como instancia de un concepto general homogéneo, conduce a verlos como potencialmente reemplazables. Como para la Diótima de Platón, esa prioridad de lo general sobre lo particular, comporta una “relajación” de las tensiones de la existencia. Así, la alta probabilidad del fallecimiento del niño pudiera haber impuesto a los padres una suerte de “tabú del afecto”, que les resguardara de apegarse a unos hijos cuya expectativa vital era escasa.

También hoy algunas personas tratan brutalmente a los niños. La evolución psicogénica mantiene ritmos diferentes en distintas culturas y familias pero cabe marcar fases de una evolución desde los modos arcaicos de existencia en los que la paternidad implicaba plena disposición sobre los hijos, hacia modos ambivalentes, predominantes a partir del Renacimiento, en los que persisten la distancia afectiva y la severidad, pero disminuyen las conductas criminales al tiempo que las admoniciones de moralistas y religiosos evidencian una nueva sensibilidad de la que en el s. XVII dará cuenta la pintura holandesa de Jan Steen, Ter Brosch o De Hooch, con sus escenas intimistas de la vida cotidiana, en las que los niños aparecen individualizados y protagonistas, jugando despreocupadamente o, simplemente, mirando la luz.

Las ideas de ROUSSEAU sobre la especificidad infancia y la educación propiciaron cambios importantes, pero fueron los artistas los que proporcionaron imágenes poderosas para nuevos pensamientos y nuevas emociones. Los poemas que William BLAKE escribió en 1789 sobre niños trabajadores no sólo descubrieron la fragilidad de la vida humana expuesta a la intemperie; establecían tal interacción entre las restricciones de lo observado y las posibilidades de lo imaginado que articulaban una crítica de la vida y una visión de otras posibilidades de vivirla. Eso pretendía

Dickens en 1843 al comenzar *Un llamamiento al pueblo de Inglaterra, en nombre del hijo de un hombre pobre*. Afortunadamente, abandonó la tarea y optó por escribir *Una canción de Navidad*, en la que los vicios de la sociedad se encarnan en la soledad y el fracaso de un anciano avariento, que contrasta con la alegre sencillez de los niños pobres. Las novelas de DICKENS, apelando eficazmente al sentimiento, prepararon la imaginación de los lectores para reconocer la humanidad herida y valiosa de los niños en la de los propios lectores; ampliaron el círculo de la conciencia que abriría paso al reconocimiento de la condición personal del niño.

Los distintos usos de la intimidad familiar y la cortesía de las relaciones sociales articulan los encuentros entre amigos, amantes, adversarios, desconocidos, con el hijo y con “los otros”. En estos encuentros, el rostro del otro, que nos interpela imperativamente, como dirá LÉVINAS, su reflejo ajeno pero confirmatorio del nuestro, constituye el desafío intelectual y ético de las relaciones del hombre con el hombre. Ver en cada niño al “otro” cuyo rostro interpela y ordena, ha sido una experiencia reciente y aislada, fruto de un largo y todavía inacabado proceso.

Hoy sabemos que los niños tienen necesidades propias y pueden decidir muchos aspectos de su vida diaria y participar progresivamente en la determinación de sus intereses. Sin embargo, como en el poema *A una alondra* de SHELLEY, también hoy miramos hacia adelante y hacia atrás y suspiramos por lo que no es. La acción y el discurso sobre los niños siguen lastrados por esa nostalgia y ese temor que reflejan la ambigüedad misma de la existencia. Miramos atrás, hacia el paraíso perdido del origen y la pertenencia porque sentimos, como RILKE, que *la auténtica patria del hombre es su infancia*. Y al propio tiempo, persiste la inevitable identificación de los niños con el futuro en cuya garantía se apela “interesadamente” a su cuidado.

Un proverbio hasídico dice que: *el futuro del mundo pende del aliento de los niños que van a la escuela*. El énfasis lírico se sitúa aquí en la fragilidad del mundo, en su pendencia de ese hilo delicado: el aliento de unos niños en el incierto escenario de la “transmisión” del significado: la escuela. La metáfora del aliento se revela apropiada en razón de la incertidumbre del escenario y de propia palabra que, en su doble acepción de exhalación y de ánimo, remite tanto a la respiración y la disposición del niño como al imperativo de alentarlos y a la manera en que se cumpla esa tarea.

También hoy resulta difícil contemplar la realidad presente de los niños. *La vida es sueño* de CALDERÓN DE LA BARCA sigue siendo una parábola trágica de nuestro rechazo a lo real que encarna el presente. El pasado y el futuro siempre estarán ahí para tratar de borrar el presente del niño. Superar esa acción es tarea difícil y plagada de riesgos. Afrontarlos y articular configuraciones afectivas, sociales y jurídicas diferentes exige un esfuerzo continuado por “ver”; esa “mirada atenta” de que habla JM ESQUIROL: un respeto que ha de prolongarse para estimular el descubrimiento recíproco en el que se fundan los derechos.

**III.-** Todo intento de justificar los derechos humanos tropieza con la persona, un término que no siempre ni para todos equivale a ser humano. Aludía más bien al estatus presupuesto de relaciones jurídicas. El *prosopon*, la máscara a cuyo través

resuena la voz del actor en el teatro griego, imprime carácter a la voz y al rostro del personaje que representa. El rostro, la presentación inmediata de la persona, siempre singular y único, contiene el carácter irreductible de la personalidad individual. Por eso es metáfora apropiada del encuentro con el otro. La relación entre la persona y su rostro, siempre enigmática, apunta al ser que no puede pertenecer a otro como simple objeto. Por eso, dice HAN, contemplar al otro como enigma eliminaría toda posibilidad de explotación.

La reflexión de LEVINAS ilumina de lejos el fundamento último de los derechos humanos que parte hoy de diferentes formulaciones del enfoque kantiano sobre la dignidad inherente al ser humano como fin en sí mismo, dotado de autonomía y agencia moral. En ese enfoque, la titularidad de los niños se presenta problemática en tanto la atribución no puede justificarse en una autonomía previa. Pero el individuo autónomo, dotado de capacidad comunicativa y agencia moral, libre y propietario, es una abstracción que no se corresponde con la experiencia personal de todos ni se da en todas las etapas de la vida humana. A lo largo de su trayectoria vital, el hombre es autónomo en un período relativamente corto. McINTYRE en su obra *Tras la virtud*, reflexiona sobre la excesiva atención que se ha prestado a la racionalidad y autonomía del ser humano, con olvido de su dependencia y su fragilidad, porque la interdependencia iguala más que la concepción abstracta de la autonomía. Es preciso pues, volver la mirada a la fragilidad de la condición humana y reconocernos mutuamente en ella.

En los 30 últimos años, la referencia a la Justicia y a la teoría de J. RAWLS aparece reemplazada por la de “reconocimiento recíproco”, en el sentido que le da Axel HONNETH como parte de la teoría intersubjetiva de HABERMAS, en la que “el otro” remite siempre a los principios de igualdad y responsabilidad. Esta idea, que constituye el núcleo normativo de los esfuerzos emancipatorios a nivel político, jurídico y social, resulta especialmente aplicable a la génesis de los derechos de los niños, nueva categoría teórica que entraña un proceso de relación “intersubjetiva”, con distintas etapas marcadas por formas de sentimiento (compasión y amor), por deberes de solidaridad, y por derechos y deberes.

La insuficiencia de los presupuestos tradicionales de la ética intersubjetiva para fundar los derechos y los deberes de todos hacia todos, como señalaba ARANGUREN al prologar la *Ética mínima* de Adela Cortina, reclama una ética intrasubjetiva entendida como “responder”, “hacerse cargo” de los requerimientos de los otros. En el discurso de los derechos de los niños “el cuidado” como “responsabilidad por el otro”, deviene un valor público, un capítulo imprescindible en la agenda política que hace a las instituciones capaces de percibir necesidades, asignar recursos y asumir responsabilidades.

**IV.-** Tras su largo proceso de gestación, la CDN de 1989, suscrita por todos los Estados del mundo, salvo EEUU, es el primer instrumento internacional vinculante que regula todos los derechos humanos, con un enfoque innovador: que contempla en un mismo plano los factores de la supervivencia y los de la participación de los ni-

ños en su vida y entorno, como aspectos no sucesivos, sino complementarios e indisolublemente unidos en el proceso de emancipación. Pese a su capacidad para aunar voluntades y su inmenso impacto positivo, la CDN no ha estado exenta de críticas, por las reservas que pueden plantear los Estados, por la debilidad de sus mecanismos de garantía, y, sobre todo, por el dramático contraste entre sus declaraciones y la amarga realidad de los niños en tantos lugares.

Pero la retórica de la ineficacia y su explotación política o económicamente interesada, nos hace recordar con Amartya SEN que los derechos humanos son independientes de su facticidad preexistente; o a coincidir con FERRAIOLI, en que la inobservancia de un derecho legalmente declarado, se debe siempre a una laguna que debe ser inmediatamente “colmada” por los medios que el propio ordenamiento jurídico proporciona para ello. Efectivamente, los arts. 4 y 5 de la propia CDN proporcionan pautas, jerarquía y soluciones para “colmar” cualquier laguna: la efectividad de los derechos básicos, civiles y políticos de los niños no puede depender de los recursos; los derechos sociales, económicos y culturales han de garantizarse hasta el límite de los recursos disponibles, incluyendo entre éstos los procedentes de la cooperación internacional. Los 17 objetivos y 169 metas de la *Agenda 2030* no son obligaciones morales: apuntan a la construcción de un estado social basado en la garantía de los derechos sociales, en forma de obligaciones *ex lege* a cargo de los poderes públicos. En nuestro ordenamiento, son concreción palpable del mandato que el art. 9.2 de la CE dirige a los poderes públicos: “promover las condiciones de la libertad, igualdad de los individuos y los grupos en que se integran junto con la participación de todos los ciudadanos.”

V. La CDN es el instrumento internacional que más factores positivos de cambio ha introducido. El alcance de su impacto normativo queda patente en su canalización en torno a ciertos ejes de irradiación:

El *interés superior del niño*, de ser un estándar jurídico ético, un criterio hermenéutico y un principio general del derecho, se ha erigido en derecho sustantivo de cada niño a que su interés sea consideración prioritaria en toda decisión que le concierna. Así, el interés que radica en cada niño es un bien de naturaleza privada pero su prevalencia en caso de conflicto, pasa a formar parte del interés público tutelado por la ley y como tal, encuentra en el Fiscal la defensa objetiva que de todo interés público le encomienda el art. 124 de la CE.

El *libre desarrollo de la personalidad*, regulado en los arts. 26 y 29 de la CDN preserva el carácter proyectivo de la vida del niño, como persona en devenir que puede ocuparse interrogativamente de sí mismo, hacer algo con sus capacidades y “modificar” su comportamiento y su vivir: experiencias relacionadas con los derechos a la información y la educación, al juego y esparcimiento, a la participación, ...cuyo ejercicio favorece la configuración de la propia vida mediante el uso de la libertad y las opciones personales.

El *derecho del niño a ser* no supone que la opinión del niño sea soberana, sino que no existe ningún sector en cualquier ámbito en el que se desarrolle la vida del

niño, en el que no tenga cabida su opinión. Como sucede en todos los campos, un sistema de adopción de decisiones sólo es eficaz y a la larga, viable, si cuenta con la intervención de los afectados.

La *Justicia Juvenil* es posiblemente el ámbito en el que se ha interiorizado más la idea del niño como sujeto de derechos y responsabilidades cuya exigencia se orienta a la educación y la reinserción de modo que se respete siempre *el sentido de la dignidad y el valor* del niño y se aseguren sus posibilidades de aportación *constructiva en la sociedad*.

**VI.-** Es en el conflicto y la tensión donde se perfilan y redefinen los derechos. *Lo normal*, dice Carl SCHMITT en su Teología política, *no prueba nada, la excepción lo demuestra todo. En la excepción, la fuerza de la vida real rompe la corteza de una mecánica petrificada en la repetición*. Efectivamente, la normalidad es el ámbito de la rutina, la teoría consumada y el lenguaje especializado. Frente a la normalidad se alza la problematización esencial de las cosas y del mundo que interpela y fuerza el cuestionamiento, la investigación y el examen.

Aunque los contextos de conflicto son muchos, he optado por presentar 4 ámbitos en que los derechos de los niños están en tensión con otros derechos e intereses. Una tensión preñada de riesgos y también de posibilidades:

Uno de tales ámbitos es el sanitario, donde *la relevancia que ha cobrado la opinión del niño* muestra hasta qué punto la autonomía se ha erigido en piedra angular de la relación entre médico y paciente. Pero el autonomismo absoluto de los niños no encuentra base en los actuales planteamientos de la neurociencia sobre el desarrollo psíquico del cerebro humano adolescente, ni resuelve a satisfacción el compromiso de derechos cuando el rechazo de tratamientos, indicados en situaciones de riesgo vital, confronta axiológicamente los anhelos, deseos o creencias del niño con sus posibilidades de supervivencia. Máxime cuando los deberes de beneficencia, no maleficencia y justicia a los que se reorienta hoy la bioética son un intento de reequilibrar un paternalismo de nuevo cuño, “justificado” y muy diferente del tradicional. La reforma del art. 9 de la LAP, operada en 2015, ha llevado demasiado lejos su regreso a la representación de los adolescentes mayores de 16 años. Seguimos preguntándonos si honramos la autonomía al satisfacer los deseos de los niños con olvido de su fragilidad, pero también, si el cuidado de la fragilidad no será un pretexto para la imposición de nuestra visión del mundo. Perseverar en ese doble cuestionamiento es ya una primera respuesta. Una respuesta que encuentra en *el libre desarrollo de la personalidad de los niños transexuales* una metáfora inexplorada de la libertad y las posibilidades humanas pero también un ámbito de realidad amenazada: estigma, acoso escolar, marginación laboral, daños a la salud por precipitación o demora en las intervenciones, efectos secundarios, irreversibilidad ... todo reclama que la mirada atenta se convierta aquí en “contemplación” – término que debo al Dr. Becerra, coordinador de la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitario Ramón y Cajal – y cuidado.

La comunicación virtual es escenario de una nueva realidad. Los derechos humanos se forjaron en sociedades que evolucionaban lentamente. La teoría jurídica

se hallaba en condiciones de alojarlos en los correspondientes conceptos jurídicos. Hoy, cuando la sociedad tecnológica desnuda la vida privada en la esfera pública, necesitamos articular a tiempo categorías de análisis y comprensión de ese “contaminado” *derecho a la intimidad*, para renovar su papel liberador en el espacio digital. Precisamente allí, donde la oferta de libertad y comunicación ilimitadas se convierten en control y vigilancia totales, donde sin coerción o prohibición, y solo a través del agrado del “me gusta” y la conectividad gratuitos, se copia la vida de los usuarios como mercancía susceptible de explotación. Cuando las nuevas formas de comunicación y gestión del conocimiento han alterado radicalmente el mundo relacional y las sinapsis neuronales responsables del pensamiento y los recursos comunicativos, preguntamos hacia qué modelo humano estamos dirigiendo el progreso tecnológico y el mercado digital. ¿qué tipo de sociedad queremos construir? ¿hay algún plan al respecto? Y si lo hay ¿cuenta con los derechos y las posibilidades de los niños?

Pero el ejemplo más claro lo ofrecen las migraciones que continúan, como siempre ha sucedido, escribiendo la Historia universal. La avalancha de refugiados y la incontenible presión migratoria, tensa los intereses y cuestiona los cimientos éticos y políticos sobre los que se construyeron las sociedades occidentales. La contradicción entre la universalidad de los derechos humanos y la soberanía de los Estados en el control de sus fronteras es una paradoja, pero sobre todo, es una herida abierta en el centro mismo del orden internacional y también, una fuente de riesgos graves para la paz y la credibilidad del derecho. En este contexto los derechos de los niños extranjeros que viajan solos y cruzan fronteras son frecuentemente ignorados, pero son derechos positivos: a procedimientos seguros de determinación de edad, evaluación individual, preservación de su identidad, reintegración familiar en su caso y a la acogida e integración en el país. Estos derechos nos recuerdan que no es irrealizable ni utópica la existencia de instituciones internacionales de garantía; que sólo depende de la voluntad política y el apoyo de las fuerzas democráticas de los países privilegiados.

En estos 4 ámbitos y hay muchos otros, los procesos de argumentación, deliberación e intercambio públicos en los que se cuestionan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios, no son actos de repetición. Son variaciones que propician el reposicionamiento y la apertura a nuevos significados. En la tensión coloreada de emociones que acompaña las situaciones conflictivas de la vida de los niños, el significado inicial de sus derechos se refuerza; transforma moral y jurídicamente los intereses y derechos de los adultos y lo que pasa por ser la visión válida o definitiva de un precedente. Tal es la cualificación que provoca la irrupción de los derechos del niño en las tensiones de la vida social y de la existencia individual.

**VII.-** Recapitulando, los derechos de los niños afinan la teoría de los Derechos Humanos en la que, sin perder la referencia a la libertad, han introducido la fragilidad y las necesidades del ser humano como nuevas cláusulas generadoras de derecho y han contribuido a superar las reticencias dogmáticas respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Aun cuando ésta fuera su única contribución, no podría exagerarse su importancia, pero vale la pena considerar algunas más.

- I. Las demandas de los derechos revisten matices diferentes y a veces profundamente alterados cuando sus titulares son sujetos cuya condición legal y jurídica, como ocurre con los niños, no fue prevista en las formulaciones iniciales de los derechos. De manera análoga a lo que MICHELMAN denomina políticas “iurisgeneradoras”, los niños, al reapropiarse de los derechos humanos, pasan a ser agentes de su interpretación; dan paso a una hermenéutica diferente, más personalista, que introduce la individualización y la empatía, abre la racionalidad política y económica a la incertidumbre y los riesgos, pero también a la creatividad y la cooperación.
- II. El ideal kantiano de gobierno cosmopolita basado en la solidaridad fraterna del alma humana, se recuperó fugazmente tras las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, pero no es hoy mayoritariamente compartido. Entre los reproches del antropocentrismo y especismo de los movimientos ecológicos y animalistas y el resurgir de nacionalismos y localismos, el rango supraestatal de los derechos de los niños y su contenido mismo sostienen un universo simbólico, hecho de signos y significados que dependen y al mismo tiempo articulan un consenso que es “sentido cívico o moral” sobre los derechos. Parece poco, pero es algo. La certeza de que ningún niño es “ilegal” aunque se encuentre fuera de su país de origen, inevitablemente refuerza la idea de que “ningún ser humano es ilegal”, aunque esta idea diste mucho de tener hoy traducción legal.
- III. Por otra parte, la CDN proporciona un modelo restringido pero eficaz para el gran reto a que se enfrentan las sociedades democráticas: *conjuguar la universalidad de los derechos con el respeto a la diversidad cultural que determina diferentes formas de hacerlos efectivos y de ejercerlos*. La lógica de la CDEN es policéntrica: cuenta con el conflicto, pero valora la tensión entre sus principios y las diferentes culturas; protege al niño frente al poder o las prácticas tradicionales de su propia cultura y al mismo tiempo, obliga a preservar la identidad cultural junto con todo aquello que hace de cada niño una persona distinta de los demás y una persona como las demás. Esta funcionalidad es una garantía - tal vez no haya otra - de la incierta posibilidad de convivencia y respeto recíproco entre culturas diversas.
- IV. Por otra parte, el que la efectividad de los derechos básicos de los niños no pueda depender de los recursos, integra un mínimo *reducto de incondicionalidad*, sustraído al poder de la política y del mercado. No es una realidad plenamente lograda, pero sí es una afirmación *jurídica* de la superioridad de la condición humana sobre el poder del dinero y sobre su omnipresencia en la vida moderna.

Todo esto muestra hasta qué punto los derechos de los niños no sólo *humanizan el Derecho*, contribuyen a *preservar la humanidad*. La filosofía moral, desde Aristóteles a M. NUSSBAUM enseña que una excesiva dependencia de los poderes del intelecto y la razón puede convertirse en un impedimento para la percepción ética. A menudo, antepone los requerimientos teóricos y desatendemos las sugerencias,

más sutiles, de la imaginación y las emociones, que tantas veces articulan sagazmente los niños y que son componentes de la percepción más afinada.

La biogenética se encuentra ahora muy cerca de la producción artificial de embriones. Las tecnologías de la comunicación han introducido tales cambios en nuestros modos de pensamiento y relación, que no sólo la expresión y la comunicación, también las emociones y los pensamientos quedan alterados. Las consecuencias para el futuro de lo que hoy entendemos como núcleo de lo humano son imprevisibles, aunque podemos imaginar distopías tecnológicas vacías de posibilidades humanas. Frente a la equiparación moral entre la existencia y la ausencia de la humanidad, Hans JONAS exhortó en su momento a obrar de modo que los efectos de la acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra. Ante el horizonte transhumano y los intereses económicos que sustentan la tecnociencia, la preservación de la humanidad exige la protección del hombre y la mujer, como agentes morales, abiertos a lo nuevo, pero sobre todo, de los niños, portadores de originalidad en el doble sentido de “comienzo” y de “vuelta a los inicios”. Sus derechos nos conectan normativamente con el núcleo de humanidad que tal vez no tenía derecho a existir, pero que debe ser preservada porque tiene el deber de seguir existiendo.

Ante un futuro de consecuencias finales, la heurística del miedo jonasiana antepuso la “profecía del infortunio”, la hipótesis de un fracaso infinito que no puede jugar en el mismo nivel que la probabilidad de un éxito finito. Cormac McKARTHY, en su novela *La carretera*, convierte una metáfora de la relación disfuncional con su propio hijo en la gran parábola de la pedagogía jonasiana. En un escenario apocalíptico inexplicado en el que los flujos de conciencia y el mundo circundante están arrasados, y hasta los nombres propios han desaparecido, un niño de 8 años y su padre huyen de la ceniza y de los supervivientes. Incluso cuando los recuerdos y la voluntad del padre se desdibujan, el instante del niño, su irreductible conciencia creadora de libertad y valor, ofrece destellos de aquello por lo que suspiramos cuando miramos hacia adelante y hacia atrás, de lo que es valioso porque milagrosamente es y frágil porque podría no ser.

HEIDEGGER advierte que el hombre es el guardián del puesto de la nada y que incluso la filosofía muere cuando el pasado cautiva el pensamiento y triunfa sobre el presente. Es la conclusión inevitable cuando se pierde la confianza en el mundo como lugar adecuado para nosotros. Pero, y puede parecer irónico, H. ARENDT, supo ver que “hombres y mujeres tenemos que morir, pero hemos nacido para comenzar”. El comienzo que inaugura cada niño y el poder político que crea sus derechos garantizan la aparición de la acción y el discurso específicamente humanos. Nuestras posibilidades de vida común se basan en la custodia de ese comienzo.

Hoy, obligados a resolver dilemas éticos inéditos precisamente cuando ya no tenemos certezas, mas que nunca sentimos la necesidad de una sagacidad diferente capaz de encontrar y fomentar en cada forma de comunidad, desde las más reducidas a la aldea global del planeta, una respuesta a las exigencias siempre renovadas de la libertad y las posibilidades humanas. Y esto depende mucho de la presencia de los

niños, de la impronta de su manera de vivir y de la medida en que se dejen sentir sus aspiraciones y anhelos.

La proximidad de la vida pública a los niños, a través de la realidad de sus derechos, permite articular las potencialidades ocultas del futuro y la condicionalidad, proporciona un escudo frente al dogmatismo, la ideología y la jerga, una salvaguarda frente a la atrofia del sentimiento moral y una puerta abierta a la experiencia del otro. Concreciones de una justicia mínima. También, metáforas vivas – metáforas políticas – de ese encuentro con el otro que es otra forma de nombrar al reconocimiento universal de los derechos humanos.

# CONFERENCIA EN LA FIESTA DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT CURSO 2018-2019: “EL COLEGIO DE ABOGADOS DE ALCALÁ DE HENARES”

ANGEL FRANCISCO LLAMAS LUENGO

*Decano del  
Colegio de Abogados de Alcalá de Henares*

## 1. ANTECEDENTES DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

En la época de la Roma Imperial, se define el nombre y la función específica del *ad vocati*: defender en las causas a los siervos y familiares. En aquella misma época existieron los *collegia*, donde se agrupaban los ciudadanos por oficios formando una comunidad para defender sus intereses estamentales y su forma particular de dar culto a los dioses.

Concretamente, en la época de Ulpiano (220 d.C.), existía el *Collegium Toga-torum*, que agrupaba a los “jurisconsultos”, cabiendo distinguir aquí entre *jurisconsulto*, esto es, el dedicado al estudio y la interpretación de las leyes, perteneciente a la clase de los “senadores” (quienes llevaban la toga), y por otro lado el *ad vocati*, que se limita a hablar en nombre de su defendido; este grupo de *ad vocati* se nutría de oradores profesionales.

Los pueblos visigodos tuvieron por costumbre que cada litigante defendiese su propia causa, lo cual ocasionaba la indefensión jurídica a los estratos sociales más incultos. Para paliar la situación, en el *Liber Iudiciorum* de Recesvinto (promulgado en el año 654 d.C.) se recoge la figura del *bozero*.

En Al-Andalus, en el Derecho Musulmán, no existió la figura del *ad vocati* o del *bozero*, sin perjuicio de que se tolerasen y actuasen en pleitos privados de la comunidad mozárabe.

Siguiendo en la Edad Media, los antecedentes más inmediatos de los colegios de abogados se encuentran ya en la Universidad. Una primera referencia se halla en la Universidad de Bolonia, formada hacia 1250, sobre una antigua escuela famosa por sus enseñanzas jurídica. Surge allí un *collegium* que agrupaba a doctores, abogados y jueces.

Sobre las primeras asociaciones de abogados en España, hemos de citar en primer lugar la regulación contenida en *Las Partidas*. En la *Partida Tercera*, Título VI, Ley 13 se dice:

*“Nadie se constituya Abogado de otro en pleitos sin que primero los jueces o los inteligentes de Derecho de la Corte del Rey del lugar en que haya de abogar;*

*vean si tiene capacidad para ello. El que la tenga ha de jurar defender bien y lealmente los pleitos que se le encomienden; no encargarse de los que envuelvan engaño o falsedad, o que entienda que no han de tener buen resultado y no producir dilaciones maliciosas. El nombre de las personas a quienes se conceda la facultad de abogar, se anotará en un libro destinado para ello. No sean oídos los que no tengan estos requisitos ni los Jueces consientan que aboguen ante ellos”.*

Con esta disposición quedaron sentadas las directrices para el desarrollo de los Colegios de Abogados. La primera asociación de la que se tiene noticia es la formada por los juristas de Barcelona en 1399 regulada por unas Ordenanzas aprobadas por el Rey Martín I el Humano. En ella debían integrarse de forma obligatoria todos los jueces y abogados de la ciudad cuyos nombres eran inscritos en una “Matrícula”, y se regía por un prior y dos consejeros elegidos anualmente por el Concejo.

Posteriormente, el 14 de febrero de 1495 los Reyes Católicos promulgan unas Ordenanzas de los Abogados en las que se regulaba el ejercicio de la abogacía, y en lo referente a las asociaciones de estos profesionales se establece:

*“Mandamos que agora y aquí adelante ninguno sea ni puede ser abogado en el nuestro Consejo ni en la Nuestra Corte ni Chancillería ni ante la Justicia de nuestros Reynos, sin que primeramente sea examinado y aprobado por los del nuestro Consejo y Oidores de las nuestras Audiencias y por los dichas justicias, y escrito en la matrícula de los Abogados.”*

La primera constancia de Asociación de Abogados fue en Zaragoza, donde en 1543 se constituyó la “Cofradía de Letrados del Señor San Ivo”, núcleo generatriz del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, cuyo libro de matrícula comenzaba el 20 de junio de 1546. El patrocinio celestial de San Ivo obedece a que este santo, oficial eclesiástico en la diócesis de Rennes (Francia), ejerció la caridad defendiendo gratuitamente las causas de los huérfanos y los pobres hasta su muerte acaecida en 1303. Por ello fue considerado patrono de los abogados mientras que el dominico San Raimundo de Peñafort lo era de los jurisconsultos por haber recopilado las *Decretales* —o epístolas de los papas relacionados con asuntos de disciplina— por orden del Pontífice Gregorio IX, quien las promulgó como fuentes del Derecho Canónico en su Bula *Rex Pacificus* de 1234. A finales del siglo XVI, en 1592, se funda la “Hermandad y Cofradía de los Abogados de los Santos Reyes” de Valladolid.

En los “Estudios Generales” de Alcalá de Henares, el cardenal Mendoza, en virtud de la Bula de Inocencio VIII de 27 de marzo de 1487, había fundado una cátedra de Derecho Canónico y otra de Derecho Civil, pero ésta última desapareció con la fundación universitaria cisneriana. La Universidad de Alcalá de Henares, fundada por el Cardenal Cisneros, floreció a partir de 1508 pero no formaba juristas por voluntad expresa del Cardenal, existiendo sólo la cátedra de Derecho Canónico. No tiene estudios jurídicos ni se plantea tampoco la necesidad de formar cofradía o hermandad de esta profesión.

En Madrid se funda la cuarta cofradía de Abogados: el 13 de agosto de 1595, en la sacristía del Convento de San Felipe, se constituye por 37 abogados la “Congregación y Hermandad de la Asunción de Nuestra Señora y Conmemoración del Bienaventurado San Ivo cuyos Patronos y Fundadores son los Señores Abogados de esta Corte y Consejos del Rey Don Felipe Nuestro Señor”, según se encabezaba el primer Libro de Actas que comenzaba con las Ordenanzas o Constituciones aprobadas por Felipe II el 15 de julio de 1596.

Pasando ya al siglo XVIII (“Siglo de las Luces”), se crean nuevos Colegios de Abogados: Sevilla, Valencia, Córdoba, Málaga, Cádiz y Granada, así como el primero con circunscripción local o de partido: Jerez de la Frontera (1763).

También en el siglo XVIII se crean las *Academias*, formadas por estudiantes universitarios que, deseando profundizar en temas concretos, se reunían al concluir las clases junto a las columnas del claustro en torno a sus más prestigiosos maestros para intercambiar conocimientos, matizarlos y progresar así en el saber mediante la ayuda mutua al margen de la rigidez disciplinaria de las aulas.

## **2. ANTECEDENTES DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ALCALÁ DE HENARES**

En la Universidad de Alcalá de Henares hay dos primeras academias de las que se tiene noticia. La primera es la “Primitiva y Real de San José”, fundada en el Colegio de los Clérigos Menores o Caracciolos el 3 de febrero de 1726. Su finalidad era preparar a los estudiantes para los exámenes de grados y ampliar los estudios de quienes deseaban ejercer la abogacía. En segundo lugar, citamos la de “Nuestra Señora de Regla”, que comenzó a reunirse en el Colegio de León hacia el año 1728. Ambas academias fueron incorporadas a la Facultad de Cánones por el “Reglamento de las Academias de Jurisprudencia de la Universidad de Alcalá” de 5 de abril de 1773.

Para Alcalá de Henares su particular “1898” se produjo cuando por Real Orden de 29 de octubre de 1836 se trasladó la Universidad de Alcalá a Madrid, llevándose allí ese mismo año las facultades de Cánones y Leyes para formar la llamada Escuela de Jurisprudencia.

Entretanto, la Reina Gobernadora María Cristina, en nombre de su hija Isabel II, firmó el 5 de mayo de 1838 un Real Decreto conteniendo los “Estatutos para el Régimen de los Colegios de Abogados del Reino”. Esta norma dio origen a la mayor parte de los actuales Colegios de Abogados de España, y afectaba a Alcalá de Henares a través de los puntos 1º (establecimiento de Colegios de Abogados en poblaciones con Audiencias) y 4º (fundación de colegio en los partidos judiciales con 20 abogados domiciliados en su territorio –censo del Ministerio de Justicia en 1840 declara que el Partido Judicial de Alcalá de Henares contaba con 28 abogados).

Y tras algún paso normativo atrás, el Decreto de 6 de junio de 1844 restableció la obligación de colegiarse para ejercer la abogacía y la de formar el Colegio correspondiente donde hubiera por lo menos 20 abogados en ejercicio según los Estatutos de 1838.

### **3. CONSTITUCIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ALCALÁ DE HENARES**

El 12 de abril de 1850 el Ministerio de Gracia y Justicia comunicó una Real Orden de Isabel II accediendo a la petición formulada por varios abogados de Alcalá para constituirse en Colegio, al que pasarían a pertenecer todos los residentes en el partido judicial con despacho abierto.

El Colegio quedó finalmente constituido el 19 de abril de 1850 según consta del Acta Fundacional. Se pasó comunicación al Ayuntamiento de la ciudad el día 25 del mismo mes y la Corporación municipal, en sesión de 29 de abril, acusó recibo dándose por enterada.

En este año 1850 se produjo la reacción popular complutense, con intervención de todos los estamentos de la ciudad, para salvar de la destrucción los edificios cisnerianos a través de la fundación de la llamada “Sociedad de Condueños de los Edificios que fueron Universidad”, debiendo quedar constancia de que siendo 13 los letrados fundadores de la ciudad (los demás eran también de poblaciones de su partido judicial), 11 de ellos formaron parte de la citada “Sociedad de Condueños...”, que se constituyó en 12 de enero de 1851.

En Junta General celebrada el 10 de octubre de 1853 se decidió instalar un local propio para el Colegio de Abogados en el edificio de juzgado y cárcel del partido Dominicos de la Madre de Dios donde celebrar las juntas y reuniones y donde los letrados pudieran esperar cómodamente el momento de actuar. Actualmente este edificio es el Museo Arqueológico Regional.

La primera Junta de Gobierno estuvo compuesta por tres miembros inicialmente, se reunía al menos dos veces cada mes y entre sus funciones más importantes estaban la de admitir nuevos miembros en el Colegio, regular los honorarios de los abogados nombrar a los de oficio y velar en todo momento por la dignidad de la profesión.

Asimismo, todos los movimientos económicos, así como las cuentas y presupuestos de cada ejercicio debían ser aprobados por la Junta General que, convocada por el Decano y formada por todos los colegiados, se reunía anualmente como mínimo una vez en el mes de diciembre.

También entre los fines estaban velar por la formación científica de los colegiados (para lo que se empieza a formar la biblioteca), así como por el decoro y la dignidad de la profesión (permaneciendo vigilantes para evitar que los colegiados pudiesen actuar de modo que perjudicaran la buena imagen pública del colectivo profesional y observando las incompatibilidades entre los cargos públicos, el ejercicio privado de la abogacía y los puestos directivos del Colegio, como resolviendo los recursos interpuestos por particulares contra las facturas presuntamente abusivas de algunos colegiados), sin olvidar los fines asistenciales y de socorro mutuo.

Por fin, en 1863 se compraron las primeras togas.

#### 4. CONCLUSIÓN

Para no cansar, y dejar algo que hablar en las próximas festividades de manera que todos quieran volver a saber más de nuestro Colegio, señalar que en la actualidad nuestra sede principal se encuentra en el edificio de la calle Colegios, que fue arrendado a la “Sociedad de Condueños...”. Esta sede fue restaurada por nuestro Colegio a principios de los años 90 del pasado siglo al trasladarse los Juzgados al actual edificio de la misma calle.

Somos una institución abierta a nuestra ciudad y a nuestro partido judicial, con un número aproximado de 1.500 colegiados, y que desea seguir siendo el canalizador de la mejor función para la resolución civilizada de las soluciones y conflictos, garantizando como pieza básica el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de todos y la asistencia jurídica gratuita para las personas que no tienen medios económicos.

#### BIBLIOGRAFÍA

MARCHAMALO SÁNCHEZ, A., *El Ilustre Colegio de Abogados de Alcalá de Henares*, Alcalá de Henares 1996.

ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J.M., “Las Ordenanzas de Abogados de los Reyes Católicos”, en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 23 (1997), pp. 95-114.



## FORO DE DEBATE

JOSÉ MANUEL DEL VALLE

*Universidad de Alcalá*

*Foro de Debate*, una iniciativa del Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, cuyo objetivo es ofrecer al profesorado y a alumnos de doctorado en Derecho un aula abierta en la que puedan con libertad intercambiar opiniones sobre temas jurídicos o sobre temas históricos, políticos o sociales de los que se deduzca relevancia jurídica. Desde su inicio y hasta el momento presente, *Foro de Debate* ha permanecido abierto durante tres cursos académicos consecutivos, el último el 2018-2019. En *Foro de Debate* han participado como ponentes expertos invitados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá que no son necesariamente juristas: por el aula han pasado profesores y catedráticos de historia o filosofía... Eventualmente, el *Foro de Debate* se ha abierto a docentes de ciencias sociales en general y a alumnos de doctorado de grados diferentes del grado en Derecho, e incluso a alumnos de este mismo grado, cuando se ha estimado que por el tema tratado debían participar en el coloquio que en él tiene lugar. A continuación, daremos noticia de las actividades realizadas en el *Foro de Debate* durante el último curso académico<sup>1</sup>.

La primera sesión del *Foro de Debate* del curso 2018/2019, que tuvo lugar el 17 de octubre de 2018, estuvo a cargo del catedrático de la UAH don Virgilio Zapatero, que desarrolló la conferencia titulada *La Ley en Atenas*. El ponente comenzó su intervención refiriéndose a la *estabilidad constitucional* que se dio en aquella ciudad griega desde el siglo IV A.C. hasta el período macedónico, años de estabilidad que se debieron a un conjunto de factores, concretamente al respeto a la ley y las posibilidades de hacerla cumplir: puede llegar a pensarse que este respeto a la ley que es hoy principio aceptado por los estados de Derecho, con las matizaciones que se harán, tiene un precedente de interés en esta etapa. Un segundo factor que contribuyó a la *estabilidad* mencionada fue el gobierno limitado por la ley; en Atenas, las leyes se divulgaban a través de soportes documentales (estelas, papiros...) y debían jurarse por los magistrados (al principio los efebos, posteriormente el resto de las magistraturas); llegó a regularse el castigo por el perjurio, así como la rendición de cuentas al cesar en los cargos; se contempló algo parecido a tipos delictivos por cohecho, prevaricación... Un tercer factor que garantizó la *estabilidad constitucional* en Atenas se encuentra en la imposición del que podríamos llamar una

---

<sup>1</sup> El compilador de esta información agradece mucho a los ponentes del Foro de Debate 2018-2019 la ayuda prestada para elaborar la síntesis de sus ponencias y la documentación que le han proporcionado, información y documentación sobre las que ha trabajado y que en gran medida ha reproducido, y por supuesto, como último usuario de esa información y documentación, asume la responsabilidad de lo publicado en el Anuario.

especie de principio de legalidad formal. La ley debía reunir para considerarse tal ciertas características: no debía contradecirse, tenía que gozar de cierta permanencia, obligaba a derogar las leyes anteriores que se le pudieran oponer, debía ser escrita, publicarse... La ausencia de alguno o algunos de estos requisitos era posible plantearla a través de una especie de *recurso de inconstitucionalidad* (si se permite la libertad de decirlo así). Por último, la *estabilidad constitucional* ateniense se garantizó por medio de un peculiar sistema de aplicación de la ley del que eran responsables y ejecutores los propios ciudadanos, que demandaban ante el arconte, de quien dependía la admisión de la reclamación, que si prosperaba era sometida a juicio de tribunales compuestos por aquellos mismos ciudadanos elegidos por sorteo, ante los que las partes contendientes exponían sus posiciones; aquellos tribunales tomaban finalmente su decisión, y con apoyo en las leyes atenienses y en las exposiciones orales apenas escuchadas; solo en defecto de ley se podía adoptar una decisión con base en la equidad. Como juzgaba el pueblo, los veredictos de los tribunales se consideraban inapelables. El profesor Zapatero terminó su intervención aclarando que esta especie de precedente del *Rule of Law*, débil precedente, según dijo, ha de valorarse en su contexto, sin ocultar sus grandes carencias, pues, por ejemplo, beneficiaba básicamente a quienes gozaban del estatuto de ciudadanía, el acceso a los órganos decisorios estaba vedado a las mujeres...

En sesión del día 28 de noviembre de 2018, la Profesora Contratada Doctora de la UAH doña Isabel Cano trató en el *Foro de Debate* “El matrimonio en las obras de Cervantes”, tema sobre el que existen valiosos estudios (de los que la docente dio cuenta). Se centró en su intervención en la obra principal del insigne escritor, pero citó además algunas de sus novelas ejemplares. De la lectura de las páginas del autor nacido en Alcalá se deduce que tuvo gran conocimiento de la legislación de su época y que demostró dotes de maestro al acudir, opinar y juzgar sobre las dos legislaciones matrimoniales que conoció, la *pre* y la *post-tridentina*, Derecho de las Decretales, Decreto *Tametsi* (1563), que estuvieron vigentes en su época. La profesora Cano dividió su ponencia en dos partes. En la primera, para llegar a un mejor entendimiento de su regulación a lo largo de la historia, analizó la definición de matrimonio, acudiendo a las fuentes etimológicas, y partiendo de ese análisis explicó la evolución de esta institución, desde su articulación en el Derecho Romano, pasando por la sistematización a la que la sometió el Derecho Canónico, hasta finalizar con la exposición del reconocimiento del vínculo matrimonial en diversos textos jurídicos de naturaleza internacional, regional, estatal o interna. En la segunda parte de su intervención, la ponente trató de ilustrar cómo el matrimonio se convierte en el eje de muchas de las intrigas de las obras de Cervantes y cómo los distintos elementos que configuran esta institución son *causa* para crear desenlaces (la mayor parte de ellos felices y ejemplificantes) de situaciones que afectan a personajes de toda clase, condición y creencias. Con tal fin, se destacó por la profesora Cano la relevancia del consentimiento como elemento que hace el matrimonio, los fines y propiedades esenciales a los que debe tender, las prohibiciones que obstaculizan el ejercicio del derecho a contraerlo y la forma de celebrarlo *ad validitatem*. En muchos pasajes de su obra, Cervantes (por su vivencia personal y su condición de hombre casado) se mostrará contrario a algunas posiciones oficiales de la Iglesia y prácticas religiosas. La abundancia de conventos y monasterios, ricos

muchos de ellos, le parecía escandalosa; el culto a los falsos santos y milagros; el mal cumplimiento de los votos religiosos, la existencia de matrimonios clandestinos, las luchas entre facciones cristianas y su falta de unidad contra su “enemigo común”, los turcos, le desagradaban mucho. Puede concluirse que de sus escritos se deduce que en muchos momentos el insigne autor se encontraba atrapado entre lo que deducía de sus observaciones y razón, y las creencias a que le obligaba su fe.

El 27 de febrero de 2019, el catedrático de la UAH don Miguel Rodríguez Blanco expuso en el Foro de Debate la conferencia titulada *Régimen Jurídico de Cementerios y Sepulturas*. En las últimas fechas, debido a la proyectada exhumación de los restos de Franco del Valle de los Caídos, esta cuestión ha estado de actualidad. Por tal motivo, resultaba de interés clarificar el tratamiento que el Derecho español otorga a los cementerios y lugares de inhumación.

Como destacó el profesor Rodríguez Blanco, el primer dato a tener en cuenta es el reconocimiento del derecho de toda persona a recibir sepultura digna sin discriminación por motivos religiosos, reconocido expresamente en la *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa*. Asimismo, está vigente la *Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de Enterramientos en Cementerios Municipales*, que puso fin a la tradicional división de los cementerios públicos en dos partes motivada por la confesionalidad católica del Estado: la parte católica y la parte civil. En los *Acuerdos de Cooperación* que el Estado tiene firmados con la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente por las *Leyes número 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992*, se reconocen cuatro derechos a estas confesiones: a) a contar con cementerios propios; b) a la concesión de parcelas en los cementerios municipales reservadas a los enterramientos judíos o islámicos; c) a la observancia de las reglas tradicionales y de los ritos propios en materia mortuoria; d) a trasladar a los cementerios propios los cuerpos de las personas inhumadas en cementerios municipales y los de aquellas cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio confesional judío o islámico. El derecho a recibir sepultura digna está sujeto a lo dispuesto en la normativa de sanidad mortuoria, competencia de las Comunidades Autónomas, las cuales han dictado reglamentos sobre la cuestión.

Desde una perspectiva jurídica en los cementerios concurre una doble condición: tienen una significación religiosa y, al mismo tiempo, poseen una relevancia jurídico-pública. La primera de estas propiedades, ha sido siempre consustancial a su régimen jurídico. En cambio, la segunda, su calificación como inmuebles destinados a un fin público (en el sentido de fin estatal), se les atribuyó a partir de finales del siglo XVIII y se consolidó a lo largo del siglo XIX. Ambos aspectos, la naturaleza religiosa y el carácter de bien adscrito a una finalidad pública, producen consecuencias en la esfera del Derecho y son determinantes en la configuración del régimen jurídico de los cementerios.

Conforme al Derecho actualmente vigente, explicó el profesor Rodríguez Blanco, los cementerios son un servicio público municipal de obligación mínima, de ahí que todo municipio, con independencia de su número de habitantes, debe prestar, por sí o asociado, este servicio. La calificación del servicio de cementerio como un

servicio público conlleva que los bienes destinados a esta finalidad formen parte del dominio público, lo cual afecta también a aquellas partes integrantes que constituyen elementos imprescindibles para que el servicio de cementerio sea efectivamente prestado a los ciudadanos. En consecuencia, las sepulturas son también bienes de dominio público y los derechos de los particulares relativos a su uso constituyen siempre concesiones administrativas y nunca derechos de propiedad.

Terminó su exposición el profesor Rodríguez Blanco comentando que son cementerios privados aquellos cuya titularidad corresponde a un sujeto de Derecho privado. En un *Informe del Tribunal de Cuentas de 20 de julio de 2006 sobre Fiscalización de la gestión de servicios funerarios y de cementerios* se muestra que del total de 17.682 cementerios de los que se tiene constancia, 9.146 son de titularidad municipal (el 51,7%), 7.919 de la Iglesia católica (el 44,8%), 585 de otras confesiones religiosas o asociaciones (el 3,3%) y 32 son cementerios privados (el 0,2%). En el caso de los cementerios privados cuyo titular es una confesión religiosa los derechos sobre las sepulturas no constituyen una concesión administrativa, pues no se les aplica en esta materia la normativa de Derecho Administrativo, sino que están sometidos al Derecho privado, esto es, a lo que las partes estipulen dentro del respeto debido a la normativa de sanidad mortuoria. En el caso de los cementerios parroquiales de la Iglesia católica, que son los lugares de enterramiento privados con mayor implantación en España, existe una abundante jurisprudencia de la que cabe extraer la conclusión que, como regla general, los titulares de un derecho funerario adquieren un usufructo perpetuo sobre la unidad de enterramiento. Excepcionalmente, pueden adquirir un derecho de propiedad, pero en todo caso esa titularidad dominical está subordinada al destino del cementerio y a su carácter sagrado.

El día 8 de mayo de 2019, se cerraba el *Foro de Debate* del curso 2018/2019 con la intervención de don Javier Ignacio Reyes López, Magistrado del Juzgado de Instrucción nº1 de Alcalá de Henares, que disertó como ponente sobre el tema de la *Vulneración de derechos fundamentales por las nuevas tecnologías*. En ponente hizo especial hincapié en las medidas de investigación tecnológica introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a partir de la *Ley Orgánica 13/2015 de 6 de noviembre*. La citada Ley Orgánica, supuso la asunción por el Legislador de la llamada de atención que el Tribunal Constitucional le hizo en la contundente sentencia nº 145/2014, en la que se cuestionaba la legalidad con alcance constitucional del anacrónico art. 579 de la norma procesal con el que se regulaba, *in extenso*, todas las medidas que pudieran afectar al secreto de las comunicaciones, intimidad, uso de la informática... Las cuestiones a tratar durante la ponencia por el Magistrado de Alcalá fueron varias, concretamente habló sobre las intervenciones telefónicas y telemáticas; la captación de comunicaciones orales; la captación de imágenes; las geolocalizaciones; el registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información y los registros remotos de equipos informáticos. En fin, la modificación del art. 579 de la LEcrim, ha dado entrada a una regulación muy detallada en la que se definen los contornos de las injerencias públicas en los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados a largo de los cuatro apartados del art. 18 de la Constitución.