

XI
2018

Anuario de la
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. XI-2018**

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
VOL. XI-2018**

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

José Enrique Bustos Pueche (*Universidad de Alcalá*)

DIRECTORES

María Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*) y Guillermo Escobar Roca (*Universidad de Alcalá*)

SECRETARIA

Margarita Viñuelas Sanz (*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*), Gianni Loy (*Universidad de Cagliari*), 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*), 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*).

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 ACPN, CIRC, COPAC, DIALNET, DICE, DULCINEA, IN-RECJ, ISOC, Directorio y Catálogo LATINDEX, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC y ZDB.

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- Derecho y cultura: una dimensión cultural del Derecho..... págs. 3-43
por *Jesús García Cívico*
- Los derechos sociales en su doble vertiente de derechos humanos y constructores de ciudadanía social págs. 45-73
por *Alfonso Chacón*
- La codificación predictiva: inteligencia artificial en la averiguación procesal de los hechos relevantes..... págs. 75-105
por *José Ignacio Solar Cayón*
- Prueba procesal, presupuesto de la tutela judicial efectiva..... págs. 107-127
por *Jairo José Guzmán García*
- Análisis multidisciplinar de un doble asesinato: el caso “Bretón” págs. 129-153
por *Ana María Marchena Jurado*
- La legislación laboral española bajo el punto de mira del tribunal de justicia de la Unión Europea págs. 155-179
por *Ana Aba Catoira*
- La cláusula de jurisdicción inserta en conocimientos de embarque: dimensiones contractual y procesal..... págs. 181-198
por *Francisco de Borja Langelaan Osset*
- El porvenir de la administración concursal: por mor de la Ley 17/2014 y del último proyecto de Real Decreto que aspira a desarrollarla págs. 199-228
por *Alejandro Martín Zamarriego*

II. NOTAS

- ¡Basta de ficciones! Representan a sus electores. Democracia, derechos y proporcionalidad en la STC 151/2017 págs. 231-247
por *Guillermo Escobar Roca*
- La Universidad cubana y sus retos ante los nuevos actores de la economía nacional..... págs. 249-265
por *Luis Pérez Orozco*

- Las cláusulas de mediación en el negocio inmobiliario..... págs. 267-282
por *Maria Pilar Morgado Freige*

III. ACTOS ACADÉMICOS

- Conferencia en la fiesta de San Raimundo de Peñafort:
“Nacionalismo, autodeterminación y secesión” págs. 285-292
por *Virgilio Zapatero Gómez*
- Crónica de la presentación del libro “Locuciones latinas y
razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano
y del derecho actual”, Juan Manuel Blanch Nougués..... págs. 293-295
por *Juan Antonio Bueno Delgado*
- Seminario “¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación
por sustitución” págs. 297-299
por *Lara Redondo Saceda*
- IV Congreso Internacional del programa regional de apoyo
a las defensorías del pueblo de iberoamérica: las defensorías
del pueblo iberoamericanas ante la agenda 2030..... págs. 301-304
por *Guillermo Escobar Roca*

IV. RECENSIONES

- The spirit of corporate law págs. 307-310
por *Margarita Viñuelas Sanz*
- El derecho, entre el poder y la justicia: una introducción crítica
al sistema jurídico español págs. 311-314
por *María del Val Bolívar Oñoro*
- Las bifurcaciones del orden. revolución, ciudad, campo
e indignación págs. 315-319
por *Miguel Donayre Pinedo*
- La Mutilación Genital Femenina. el declive de los mitos
de legitimación págs. 320-321
por *Juan Antonio Delgado de la Rosa*

V. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES págs. 325-329

VI. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES págs. 331-333

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA.
LAS BIFURCACIONES DEL ORDEN.
REVOLUCIÓN, CIUDAD, CAMPO E INDIGNACIÓN,
Trotta/Siglo del Hombre, Madrid, 2018, 296 págs.,
ISBN: 978-84-9879-728-2

MIGUEL DONAYRE PINEDO

Universidad de Alcalá

Para un o una jurista que ejerce en la periferia² gestionando derechos de propiedad privados como el de turismo o de la minería y tiene que enfrentarse con situaciones sociales conflictivas, como los derechos de propiedad indígena de naturaleza colectiva y ancestral, todo el Derecho que ha aprendido en las aulas de la universidad cruje en una realidad palpitante. Lo mismo ocurre con las regulaciones locales que conviven, y a veces cortocircuitan, con la legislación de ámbito nacional e internacional (*los frecuentes problemas de escala*). Esto se observa en los derechos de propiedad respecto a los terrenos en *purma* (barbecho), donde se dan situaciones como que una persona pueda ocupar unas tierras que vio vacías, amparándose en el Código Civil y en paralelo, aquel que dejó los terrenos en rastrojo apele simultáneamente a una regulación local legitimada por la comunidad. Todos estos escenarios nos remiten a casos de *interlegalidad*. Esto mismo se advierte en las concesiones petroleras, forestales, mineras y en las configuraciones de parques nacionales, otorgados por el Estado, que, en numerosas ocasiones, se entrecruzan y colisionan con los derechos de propiedad de pueblos originarios. Esto puede dejar a los juristas en fuera de juego pues hay algo que no encaja en el mundo legal que tiene como centro al Estado, con todas sus deficiencias jurídicas, en su construcción, en los países periféricos. A priori se piensa que es un caos ininteligible, que rompe la linealidad y articulación aprendida en las aulas, es decir, las típicas situaciones del horror al vacío que tienen el Derecho y los juristas. En esos casos se hace necesario ajustar la cartografía legal que parte de la construcción de un Estado y de sus instituciones con estándares de legalidad centroeuropeos. Tenemos que la legalidad estatal producida no se cumple en todo el territorio nacional. Esto es más evidente en aquellos espacios donde existen arraigadas regulaciones de las poblaciones locales, como los territorios donde viven las poblaciones indígenas o en las zonas marginales de las grandes urbes en relación a la propiedad de la tierra, en las que se llega a acuerdos usando paralela y parcialmente el Derecho oficial. No ser consciente de esto, y no vivir el Derecho en estas dimensiones, puede llevar a un estrepitoso fracaso. La educación positivista en este sentido es poco estimulante y genera desazón, y como no, frustraciones. Una experiencia similar viven los juristas de los Estados centrales del norte económico

² Esta división centro, semiperiferia y periferia tiene que ver con la posición que ocupan las zonas geográficas en el sistema mundial y en la economía-mundo. Aunque esta división puede ser discutible de acuerdo a quien diseñe el mapa.

y del sur de Europa cuando observan la irrupción de los nuevos derechos en estos *tiempos de transición paradigmática*. Como, por ejemplo, en los derechos sociales, de las personas adultas mayores, de los colectivos LGTB+, de las personas con capacidades diferentes, de los pacientes asociados en defensa de la muerte digna, de las organizaciones vecinales que reivindican el derecho a la vivienda o el mismo el derecho transnacional que deja en desamparo a muchos consumidores a través de regulaciones que eluden los tribunales nacionales. Cada contexto moldea el Derecho. Nos encontramos que del viejo orden está sufriendo lo que se conoce “fatiga de material” ante la gesta de estas personas y colectivos que buscan y exigen justicia. El Derecho está tomando en la actualidad una dimensión diferente, como contemplamos ante la deslocalización laboral, la precariedad del trabajo, las regulaciones financieras que eluden controles tributarios o en el derecho a la información y la intimidad en las redes sociales. El rol de los tribunales de justicia, de los operadores del derecho es completamente diferente en estos tiempos del *milenio huérfano*. Ante esto se hace ineludiblemente necesario aguzar un “nuevo sentido jurídico”. Esto ha sido una constante en las obras del jurista portugués Boaventura de Sousa Santos. Este autor pergeña un continuo ejercicio contrapuntístico, como decía Edward Said, en su labor intelectual. Los libros de Santos están desarrollados desde su conocimiento de la periferia, la semiperiferia y los países centrales, que le proporcionan suficiente utillaje para navegar estos mares de fondo. Santos viene realizando una fundamental labor topográfica en los diferentes mundos que estudia: desde Cabo Verde a Brasil, pasando por su país natal y por las universidades norteamericanas en las que imparte clases, rompiendo así el provincianismo en el que han estado acomodados muchos juristas displicentes.

Santos ha dividido su obra en tres partes precedidas de una introducción, que es una descripción socio-jurídica sobre los tribunales, el Estado y la democracia. La primera parte se titula “El Derecho y la crisis revolucionaria”. La segunda parte tiene por título “El Derecho de los pequeños pasos en la ciudad y el campo”, que contiene un epígrafe introductorio de una aproximación de inspiración marxista de la propiedad. La tercera y última parte de la obra tiene por nombre “El derecho a la indignación”. La introducción sirve como el marco sobre el que desarrollará su reflexión el autor, quien, como en todos sus trabajos, hace aquí una labor de topógrafo y cartógrafo al mismo tiempo. Santos describe el terreno y también traza la mensura del mapa en el cual se está trabajando en esa gran *zona de contacto*. Esto le sirve para incursionar en el ámbito de los tribunales de justicia, que en los últimos tiempos han sido protagonistas, ya sea en escenarios de países centrales o periféricos. Así tenemos, por ejemplo, a los tribunales italianos con el impulso al reconocimiento de los derechos sociales y la lucha contra la corrupción; en Colombia, al reconocer recientemente a la Amazonía como región con protección legal (sabiéndose los diferentes intereses en conflicto existentes en ese gran sumidero de carbono); o el caso español y europeo, por las decisiones judiciales sobre la situación catalana, entre otros. Los tribunales sobrellevan la politización de los conflictos judiciales. Santos caracteriza, concretamente, tres momentos de la conducta de los tribunales: el período liberal, el período del Estado de bienestar y el período de la crisis del Estado de bienestar en

el presente. El común denominador de los tres períodos es el conservadurismo en las decisiones judiciales. En cada uno de los escenarios los tribunales tienen como marchamo de sus actuaciones la neutralidad política. Primeramente marcado por un gran activismo en años setenta u ochenta (como en Italia) para llegar a la actualidad con unos tribunales envueltos en temas rutinarios, con poco presupuesto, que tratan de lidiar con grandes casos de corrupción que desbordan sus recursos, arrinconados además por el Poder Ejecutivo o con una *lex mercatoria* que los deja al margen de los litigios, como por ejemplo en los pleitos laborales. Uno de los sugerentes apuntes del autor en este sentido es que se observa poca creatividad en los tribunales en la actualidad. No obstante, también señala que en los países semiperiféricos y periféricos esa caracterización no se cumple a rajatabla. Acotación con dosis de realidad porque los juristas colonizados miran todo bajo un mismo prisma. Esto debe ser analizado en un contexto en el que muchos de los países salían de períodos de colonización, como los países africanos, y otros que atravesaban períodos de transición luego de sufrir sangrientas dictaduras, como es el caso de los países latinoamericanos. El Estado de Bienestar fue un modelo más de aplicación en los países centrales. En la periferia, señala el autor, la litigiosidad está frecuentemente condicionada por el desarrollo económico, a lo que se suma una precariedad en los derechos, dándose, en consecuencia, una importante brecha entre lo dispuesto en la Constitución y la legislación ordinaria. Un país bajo una economía de subsistencia e informal difiere sustancialmente de las economías de los países centrales en relación a los litigios. Los tribunales de justicia en los países no centrales, por lo general, están fuertemente condicionados por el poder político. Esta precariedad en la administración de justicia ha generado una cultura jurídica autoritaria muy fuerte, que se blindó a través de inmunidades del cargo público o, en los casos de justicia de transición, con leyes de amnistía o de punto final, como por ejemplo Argentina, Chile o España, entre otros. Así pues, los tribunales en los diferentes puntos geográficos, en el centro o en la periferia, tienen, por estos tiempos, que bregar con el acecho de la política, la sobrecarga de casos judiciales, el uso instrumental de la función judicial, la corrupción y el concepto de democracia (se debate entre una limitada democracia representativa de cara a una democracia participativa muy activa).

La primera parte de la obra de Santos consta de tres capítulos que tienen como común denominador el Derecho en tiempos de cambio y de cambios revolucionarios. El autor apela a ejemplos como el de Portugal en la época de la revolución, su experiencia por el derecho de Pasárgada en Brasil (nombre ficticio de un asentamiento ilegal en Río de Janeiro) sobre la regulación existente en las favelas, así como su conocimiento de los países africanos que se despojaban del peso colonial (Angola, Cabo Verde, Guinea Bisáu, Mozambique y Santo Tomé y Príncipe). Lo interesante es que en muchas de estas situaciones conviven o coexisten el derecho oficial y las regulaciones hechas por los pobladores o revolucionarios con diferentes intensidades. Estas circunstancias complejas y contradictorias son una de las constantes preocupaciones de Santos. En el primero de los tres capítulos que conforman la segunda parte del libro Santos hace una prolija interpretación de influjo marxista de la propiedad que es el prelude de sus estudios posteriores. El autor analiza la

estrategia jurídico-política de acceso al derecho y la justicia de las luchas urbanas en Recife y del Movimiento de los Sin Tierra (MST). Nos detendremos en el MST, por su relevante afinidad en las diferentes estrategias jurídicas desplegadas en escenarios con conflictos muy enconados en diversos países de la cuenca amazónica que luchan por la propiedad colectiva de las tierras que ocupan. El MST se desenvuelve en el campo brasileño, uno de los más socialmente injustos del orbe en lo tocante a la distribución de la tierra. Se trata de un escenario donde existen diferentes actores sociales que tienen una concepción colectiva de la tierra que ocupan, como los integrantes de pueblos indígenas que litigan a lo largo de años por la propiedad de sus tierras, o las comunidades *quilombolas* que representan un importante símbolo de la resistencia negra contra el colonialismo y la esclavitud en ese país suramericano. Santos explica cómo los integrantes de estas comunidades tienen que litigar tanto contra la expropiación de tierras de los grandes hacendados como contra los *grileiros* (especuladores de tierras que obtienen tierras de manera fraudulenta). El MST ha tenido un papel muy activo desde 1986 y ha influido en la Constitución vigente en Brasil, concretamente en lo referido a la reforma agraria y la seguridad alimentaria y en el hecho de hacer realidad lo dispuesto en el texto constitucional sobre el uso y la propiedad de la tierra. Para ello diseña diferentes tácticas como la política en la que se citan a las marchas, ayunos, huelgas de hambre, vigilias y distintas manifestaciones públicas en las grandes capitales. En forma paralela, y no por ello menos importante, desarrolla su estrategia jurídica en los diferentes tribunales de justicia y foros jurídicos del país, como la red de abogados populares promoviendo la reinterpretación de la ley constitucional y procesal, la primacía de los derechos humanos sobre los derechos de propiedad, la exigencia de cumplimiento de la función social de la propiedad, entre otros. Esto está acompañado de estrategias jurídicas no judiciales, como las colaboraciones con universidades y los incentivos para la creación de Asesorías Jurídicas Populares Universitarias, foros para analizar el impacto de las estrategias políticas y judiciales y reflexionar sobre el rol del poder judicial en estos litigios. Con esta experiencia Santos ilustra su tesis de que el derecho puede contribuir a la emancipación social gracias a un uso creativo del modelo jurídico liberal.

Como colofón, en la tercera y última parte del texto Santos reflexiona sobre lo que denomina “las revueltas de la indignación”, que versan sobre los casos ocurridos entre el 2011-2013 de la denominada Primavera árabe; lo acontecido en el Sur de Europa y en Brasil contra el transporte público y los servicios públicos en general; el movimiento estudiantil chileno; el movimiento *Occupy Wall Street*; y el movimiento #Yosoy132 contra el fraude electoral en México. A pesar de que el autor no los llama movimientos, sino más bien revueltas donde convergen muchos intereses disímiles, algunos temporales, señala que tienen el denominador común de la insatisfacción con el sistema político que están viviendo, que tiene su expresión más gráfica en la toma de las calles, en asaltar la plaza pública. El profesor Santos indica que estas protestas de personas indignadas deberían tener su traducción legal. Para lo cual pergeña una teoría socio-jurídica específica de las clases de derechos relacionados con el poder: el derecho configurativo, el derecho reconfigurativo y el derecho prefigurativo. Para pasar, por último, a analizar el derecho en estas tres situaciones

y apuntar, en definitiva, que para los que protestan el Derecho todavía no es un instrumento que pueda ser usado en la emancipación social. En suma, los libros de este jurista portugués escuecen y cuestionan este orden injusto. Santos nos insiste una y otra vez en que debemos postular por un nuevo sentido jurídico de pensar.