

REVISTA DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD (REDS)

Número 16 , Época II, Enero 2020 – Junio 2020

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado Expresidente del
Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco**

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho
Civil y Magistrada Suplente de
la Audiencia Provincial de A
Coruña**

Universidad de Santiago de Compostela

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de
Euskaltzandia (*Academia de la
Lengua Vasca*)**

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-
EZNARRAGA

**Abogado y Expresidente de la
Asociación de Abogados de
Derecho de Familia**

ENRIQUE GADEA SOLER

**Profesor titular de Derecho
Mercantil**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Magistrada-Juez del Registro
Civil de Bilbao**

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

**Fiscal Antimafia de la República
de Italia. (Procurador Nacional
Antimafia de Italia)**

CAMILO CELA CONDE

**Director del Laboratorio de
Sistemática humana**

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

**Doctor y actual Decano de la
Facultad de Derecho de Camerino,
Catedrático de Derecho Civil y
miembro de la "escuela
civilística" que agrupa a los más
prestigiosos catedráticos de
derecho civil italiano.**

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

**ExDecano de la Facultad de
Derecho de la Universidad de París
XII. Profesor de Derecho Público en
la Universidad de Sciences Po Paris
y director de la Acción mutaciones
de l'Publique Pública Droit et du
(cambios en el gobierno y Derecho
Público, MADP) de Sciences Po
Paris.**

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

**Juez Honorario en el Tribunal
de Perugia. Catedrático
Derecho Civil y coordinador de
la actividades de investigación
de derecho civil de la
Universidad de Perugia.
*Universidad de Perugia***

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

**Cónsul General de España en
Brasil**

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa***

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad
Católica del Uruguay***

ARNEL MEDINA CUENCA

**Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.**

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana**

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

**CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO**

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

**Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

**Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.
Premio Nacional de Historia.**

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho

Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

ÍNDICE

I. PORTADA EDITORIAL

ÉTICA Y ROBÓTICA: PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ROBÓTICA 16 – 27 págs.

FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

OSCAR MONJE BALMASEDA
Socio Fundador de IURE LICET
ABOGADOS

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

1. UNA DÉCADA DEL “MODELO BOLONIA” DE UNIVERSIDAD 28 - 32 págs.

ISAAC TENA PIAZUELO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

2. LA CRIOGÉNESIS: UN SERVICIO ¿DE CIENCIA O FICCIÓN? 33 - 50 págs.

VANESA GARCÍA HERRERA
Profesora Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos

3. CRÉDITO REVOLVING O ROTATIVO Y USURA (2ª PARTE) 51 - 78 págs.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

4. PANDEMIA DE COVID-19 EN EL SIGLO XXI 79 - 98 págs.

SUSANA INFANTE ESTEBAN
Científica y Doctora en Inmunología-Viral
Universidad Autónoma de Madrid

5. LA INTEGRACIÓN DEL INMIGRANTE EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XXI 99- 150 págs.

ANA MARÍA LÓPEZ NARBONA
Profesora Asociada
Universidad de Málaga

6. LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES Y LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS BRECHAS DE SEGURIDAD 151 – 162 págs.

MARÍA CUMBRERAS AMARO

Abogada y Economista. Experta en Derecho Tecnológico en Procesia

7. LOS EFECTOS DE LA ACUSACIÓN EN LA SENTENCIA PENAL. PERSPECTIV TRASNACIONAL Y COMPARADA 163 – 196 págs.

MARÍA PÉREZ UGENA DE COROMINA

Profesora de Derecho procesal

Universidad de Granada

8. LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN ESPAÑ Y EUROPA 197– 210 págs.

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

Profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

(Acreditado Profesor Contratado Doctor)

Universidad de Almería

9. FRAUDE DE LEY Y DERECHO TRIBUTARIO SANCIONADOR 211– 228 págs.

CARMEN ALMAGRO MARTÍN

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Granada

10. MINERÍA URBANA. UN ANÁLISIS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN CUBA. UNA APUESTA POR EL DESARROLLO SOSTENIBLE DESDE LA ECONOMÍA CIRCULAR 229– 252 págs.

ALCIDES ANTÚNEZ SÁNCHEZ

Profesor Auxiliar Derecho Ambiental y Derecho Internacional

Universidad de Granma. República de Cuba

ILIANYS MATOS GUERRA

Asesora Jurídica de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad

Social. *República de Cuba*

11. BLOCKCHAIN: CRIPTOMONEDAS Y TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS. EFECTOS EN EL ÁMBITO REGISTRAL 253– 277 págs.

JAIME CRIADO ENGUIX

Graduado en Derecho

Universidad de Granada

12. EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO Y LA RECONFIGURACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA JURÍDICA 278 – 321 págs.

JOSÉ MARÍA BOTELLO

Profesor Ater de Derecho Privado

Universidad Paris-Nanterre, Francia

- 13. EL PULSO DE LA AGRICULTURA EN ESPAÑA ¿POR QUÉ SE ABANDONA EL TRABAJO AGRÍCOLA?** 322 – 336 págs.

MARÍA ELENA NIETO-CABRERA

Graduada en Relaciones Laborales

AZAHARA CALDERÓN LAGUNA

Ingeniera Técnica Agrícola

CONCEPCIÓN NIETO-MORALES

Profesora de Sociología

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

- 14. MENORES EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN “LAS VÍCTIMAS INVISIBLES”** 337 – 346 págs.

ANTONIO CARRILLO IZQUIERDO

Doctor en Criminología

- 15. DE LA PERSONA BIOLÓGICA, CRIÓTICA, A LA PERSONA ROBÓTICA CIBERNÉTICA** 347– 375 págs.

ANDREA CARRASCAL SANTANO

Graduada en Derecho

Universidad de Deusto

III. RECENSIONES

- 16. GIUSEPPE CAPOGRASSI, La experiencia común (trad. y ed. de Ana Llano Torres y prol. de Miguel García Baró), Madrid, Ediciones Encuentro, 2020.....** 376 – 386 págs.

AGUSTIN LUNA SERRANO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Barcelona y de Santiago de Compostela

- 17. ALMAGRO MARTIN, CARMEN Elusión fiscal: conflicto en la aplicación de la norma tributaria, simulación y economía de opción, Ed. Comares, Granada, 2019, 152 págs** 387 – 394 págs.

JAIME CRIADO ENGUIX

Graduado en Derecho

Universidad de Granada

ÉTICA Y ROBÓTICA : PRINCIPIOS ÉTICOS PARA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ROBÓTICA

ETHICS AND ROBOTICS: ETHICAL PRINCIPLES FOR ARTIFICIAL AND ROBOTIC INTELLIGENCE

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda

Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Con la Es interesante en este punto, las sugerencias a la Comisión de Asuntos jurídicos de la Comisión de libertades civiles, justicia y Asuntos de interior, en la que su ponente fue Michal BONI, en la que instaba a que en la propuesta de Resolución se incorporasen unos imprescindibles “principios éticos” que orienten el diseño, la fabricación, la prueba y el uso de robots y de la inteligencia artificial a fin de garantizar que estas tecnologías puedan mejorar realmente la calidad de vida de los ciudadanos; pide que se tenga siempre en cuenta el principio de precaución en el desarrollo y el uso de dichas tecnologías (Michal BONI. Opinión de la Comisión de libertades civiles, justicia y Asuntos de interior para la Comisión de Asuntos jurídicos con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica (2015/2013 (INL)) 23/11/2016 RR/1115573ES:docx págs. 38-439; págs. 39/69. CRISTIAN SILVIU BUSOI. OPINIÓN DE LA COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA PARA LA Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre Robótica 2015/2013 INL, 14 octubre de 2016, “Sugerencias” pág. 55 especialmente.).

El principio de precaución define la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión relativa a una actividad de la que puede razonablemente suponer que comporta un peligro grave para la salud o la seguridad sobre la libertad de intercambio entre particulares y estado. Manda adoptar todas las disposiciones que permitan, con un coste económico y socialmente soportable, detectar y evaluar el riesgo reducido a un nivel aceptable, y si es posible eliminarlo. Este dispositivo de precaución debe ser proporcional a la amplitud del riesgo y puede ser en cualquier momento pensado (Kourilsky P. & Viney, G.). (ACOSTA, M./VILLACROIG MARTÍN, J. Ética aplicada a la tecnología. Ediciones CEU, Madrid, 2018, pág. 98, a mayor abundamiento, véase la cita referenciada).

1. Considera que la robótica y los sistemas de inteligencia artificial, especialmente aquellos con autonomía integrada, incluida la capacidad de extraer, recopilar y compartir información sensible con varias partes interesadas, y con posibilidad de autoaprendizaje e incluso de evolución para

automodificarse, deben someterse a normas o principios conceptuales sólidos, como el principio de que un robot no puede matar o hacer daño a los seres humanos y debe obedecerles y estar controlado por ello; piensa que el proceso por el que los robots y la inteligencia artificial recogen, procesan y utilizan datos personales debe ser transparente y comprensible; considera que estos principios deben ser tecnológicamente neutros y basarse en la investigación empírica; apoya el desarrollo de un marco ético por sistema para los investigadores, los universitarios y los ingenieros que garantice que estas soluciones tecnológicas no obstaculizarán los avances de la tecnología y la investigación, sino que serán conformes a las prácticas y códigos éticos nacionales y de la Unión existentes y a los derechos y principios consagrados por la Carta de los Derechos Fundamentales, en particular, a la dignidad humana, el respeto y la protección de la privacidad y la vida familiar, la protección y la seguridad, la protección de los datos personales y de la propiedad intelectual, la libertad de expresión y de información, la igualdad y la no discriminación, la solidaridad, los derechos de los ciudadanos y la justicia, y que estarán condicionados al principio de proporcionalidad.

2. Todos estos principios o derechos fundamentales deberían seguir el postulado kantiano “obra de tal modo que trates al otro siempre como un fin en sí mismo y no como un mero medio”. Es decir, la persona no puede ser tratada como un medio instrumental dependiente de una máquina inteligente. Sería indigno, es el sistema autónomo el que tiene que estar al servicio del hombre, nunca al revés.

Se ha dicho, con razón, que los avances tecnológicos se están convirtiendo en un auténtico desafío para el legislador, cada vez más desbordado por nuevas tecnologías en su intento de preservar el contenido mínimo de dignidad. La tecnología es el éxito de la razón humana aplicada a resolver problemas prácticos. Y se argumenta que en este contexto se presenta como necesidad primordial la creación de una protección jurídica efectiva (en su aplicación a la robótica e inteligencia artificial). Y se explica que por un lado la “complejidad del entorno tiene una relación estrecha con la complejidad del sistema de control que gobierna el comportamiento de la máquina, y que los usuarios pueden interactuar con los robots y estos pueden ser manipulados por aquellos. Y se habla que “robots inteligentes” están dotados de capacidades de adaptación y autoaprendizaje que entrañan un grado de imprevisibilidad en su comportamiento, ya que pueden aprender de forma autónoma de su propia experiencia variable e interactuar con su entorno de forma impredecible. (NUÑEZ ZORRILLA, M.C. (Inteligencia artificial y responsabilidad civil). Régimen jurídico de los daños causados por los robots autónomos con inteligencia artificial. Edit. REUS, 2019, (extracto de págs. 10,11,12,13), Asimismo, la misma autora en “Los nuevos retos de la Unión Europea en la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial “en Revista Española de Derecho Europeo, nº 66, abril-junio 2018. Edit. Civita S.A.).

En fin, sea como fuere define muy bien PALMERINI las características distintivas de los robots desde un punto de vista técnico, en la capacidad de recoger datos mediante sensores (sense), de procesar los datos en bruto (think),

de planificar y cumplir acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridas, generalmente, en función de objetivos prefijados (act). Por su parte, características solo eventuales son la capacidad de comunicación con un operador, con otros robots o con una red externa, y la de aprendizaje. Realmente es posible observar una línea de continuidad entre la máquina automática y el robot propiamente dicho, que se diferencia de la primera, sustancialmente, por una complejidad mucho mayor, más que por una delimitación neta de orden cualitativo. Avances en el campo de la percepción, de la representación del espacio, del reconocimiento de objetos, rostros y situaciones, de la planificación del movimiento y de la integración de estas funciones convierten a los robots actuales en instrumentos siempre más eficaces para el desarrollo de diversas tareas, en contextos no predeterminados. (PALMERINI, E. “Robótica y derecho, sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea” en Revista de Derecho privado, n° 32, enero-junio 2017, págs. 53-97).

Esta definición esencial reenvía a las características intrínsecas de la tecnología robótica que también son interesantes desde el punto de vista jurídico. El robot, en cuanto entidad dotada de un aspecto físico, aunque también de un sistema de software que procesa información, presenta la potencialidad y los riesgos de ambos mundos, el físico y el digital. Combinando estos dos rasgos característicos, en particular, se está en capacidad de asegurar el desarrollo de un amplio espectro de funciones útiles, pero también de exponer al usuario, así como a otras personas, al riesgo de lesiones en caso de interacción defectuosa en la esfera física y moral. La posibilidad de afectar los intereses de las personas, o de causarles pérdidas económicas, constituye una de las principales razones por las que la difusión de los robots adquiere relevancia jurídica. (PALMERINI, E. op. cit. Robótica y derecho, pág. 65.).

3. Efectivamente, la tecnología y en concreto la incidencia de la inteligencia artificial y robótica, debe adaptar su transformación al interés y beneficio de la persona, y respetándose unos valores o principios éticos aceptados socialmente como válidos. Siguiendo a Kant, “obra de tal manera que tu actuación individual pueda comprenderse como una ley aceptada universalmente.

Subraya la necesidad de abordar el impacto psicológico y social de la interacción entre humanos y robots y el carácter dual del impacto de la tecnología sobre las capacidades humanas, prestando especial atención a los grupos vulnerables en particular a los niños, para evitar que se cree una dependencia dañina con respecto a los robots, por ejemplo, mediante la evocación de una respuesta emotiva o el aislamiento de esos seres humanos de la realidad. Destaca que la robótica y la inteligencia artificial, especialmente en el ámbito de la salud y los cuidados y la robótica doméstica, así como los sistemas ciberfísicos médicos, algunos de cuyos elementos pueden implantarse en el cuerpo humano o incorporarse al mismo, tendrán un gran impacto en la vida humana, en particular para las personas con discapacidad; señala por lo tanto que es esencial garantizar un acceso inclusivo y equitativo a esas tecnologías; señala también este impacto de la robótica en la privacidad de los usuarios en razón de su acceso a espacios tradicionalmente protegidos y a

información personal sensible; considera que debe garantizarse el respeto de los principios de ética médica, seguridad de los pacientes e integridad de los cuidados administrados.(Comisión europea. Principios éticos para una inteligencia artificial confiable. Publicado el 19 de diciembre de 2018. El texto es la primera versión de la iniciativa en la que trabaja el grupo de alto nivel de expertos en IA de la Comisión europea integrada por 52 expertos independientes procedentes del ámbito académico, empresas y de la sociedad civil. Y en este sentido véase el Proyecto de directrices éticas sobre una IA confiable. Documento de trabajo para la consulta de las partes interesadas. Bruselas, 18 de diciembre de 2018).

-La IA ha de estar centrada en el ser humano y no poder (-máquina inteligente-) suplantarla. De hecho, debe regirse por las ya clásicas y borbónicas directrices de Asimov: hacer el bien, no hacer el mal, autonomía de los humanos, justicia, y que sus acciones sean explicables. Y naturalmente, el desarrollo de las tecnologías de la IA y e la robótica deben evitar toda ausencia de discriminación, y que el robot inteligente siempre dependa y esté supervisado por el ser humano (fabricante, diseñador, programador, etc.) y es fundamental evitar la intromisión ilegítima en la intimidad y privacidad (ese inescindible “espacio de mismidad”) que tiene el ser humano.

En línea con lo expuesto, el Grupo de expertos incide en que la Inteligencia artificial (IA) es una de las fuerzas más transformadoras de nuestro tiempo y está destinada a modificar el tejido social. Supone una gran oportunidad para aumentar la prosperidad y el crecimiento que Europa debe tratar de lograr. Durante la última década, se han llevado a cabo grandes avances gracia a la enorme cantidad de datos digitales y a la potente arquitectura informática disponibles, así como a los avances en técnicas de IA tales como el aprendizaje automático. Grandes innovaciones en vehículos autónomos, atención sanitaria, sistemas domóticos, educación o ciberseguridad, posibles gracias a la IA, están mejorando la calidad de nuestra vida cotidiana. Además, la IA es fundamental para abordar muchos de los grandes retos a los que se enfrenta el mundo, como la salud y el bienestar mundial, el cambio climático, sistemas democráticos y jurídicos fiables, y otros expresados en los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas. (Grupo de expertos de alto nivel sobre IA. Proyecto de directrices éticas sobre una IA confiable. Bruselas, 18 de diciembre 2018. (Nathalie Smuha – coordinadora del grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial).

Aunque la IA es capaz de generar enormes beneficios para las personas y la sociedad, también entraña riesgos que se deben gestionar de manera adecuada. Puesto que, en general, los beneficios de la IA compensan sus riesgos, debemos seguir uno que maximice los beneficios y minimice los riesgos. Para asegurarnos de que vamos por el buen camino, es necesario regirse por un enfoque de la IA centrado en los seres humanos. Es decir, que nos obligue a recordar que el desarrollo y uso de la IA tienen por objetivo mejorar el bienestar de los seres humanos, y no verlos como un medio en sí mismos. La IA confiable marcará nuestro camino, ya que los seres humanos solo podrán beneficiarse completamente y con plena confianza de la IA si pueden confiar en la tecnología. La IA confiable tiene dos componentes: 1) debe respetar los derechos

fundamentales, las leyes vigentes y los principios y valores esenciales, de manera que se garantice un “fin ético”, y 2) debe ser infalible y sólida técnicamente hablando, ya que un escaso dominio tecnológico puede provocar daños involuntarios, aunque las intenciones sean buenas. (Grupo de expertos de alto nivel sobre IA. Proyecto de directrices éticas sobre una IA comfortable. Bruselas, 18 de diciembre 2018. (Nathalie Smuha – coordinadora del grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial).

Aunque Europa solo puede difundir su enfoque ético en materia de IA cuando es competitiva a escala mundial, este es fundamental para que la competencia sea responsable, ya que generará confianza en el usuario y facilitará una acogida de la IA más amplia. Estas Directrices no están pensadas para reprimir la innovación en materia de IA en Europa, sino para usar la ética como inspiración en el desarrollo de una marca propia de IA, una marca que proteja y ayude a las personas y al bien común. De este modo, Europa podrá posicionarse como líder en una IA de vanguardia, segura y ética. Los ciudadanos europeos, solo aprovecharán los beneficios de la IA si se garantiza la confianza. (Grupo de expertos de alto nivel sobre IA. Proyecto de directrices éticas sobre una IA comfortable. Bruselas, 18 de diciembre 2018. (Nathalie Smuha – coordinadora del grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial).

Los avances en inteligencia artificial, robótica y las llamadas tecnologías “autónomas” han originado una serie de dilemas morales cada vez más urgentes y complejos. Actualmente se están haciendo esfuerzos para orientar estas tecnologías hacia el bien común y para encontrar soluciones a los desafíos éticos, sociales y legales que generan. Sin embargo, estos esfuerzos han resultado ser un mosaico de iniciativas dispares. Esta situación genera la necesidad de implementar un proceso colectivo, amplio e inclusivo de reflexión y diálogo. Este diálogo debe estar basado en los valores en los que queremos fundamentar nuestra sociedad y en el papel que queremos que la tecnología desempeñe. Esta declaración hace un llamado para iniciar la construcción de un marco ético y legal común e internacionalmente reconocido para el diseño, producción, uso y gobernanza de la inteligencia artificial, la robótica y los sistemas “autónomos”. Además, esta declaración propone un conjunto de principios éticos fundamentales que pueden servir de guía para el desarrollo de este marco ético y legal. Estos principios están basados en los valores establecidos en los Tratados de la Ue y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías. Comisión europea Declaración sobre inteligencia artificial robótica y sistemas autónomos. Investigación e innovación, marzo 2018, pág. 7. También LACRUZ MANTECÓN, M. “Potencialidades de los robots y capacidades de las personas” en Revista General de jurisprudencia, nº 1/2019 (febrero 2019-04-11), pág. 26 y cita además un estudio de junio de 2016 “Aspectos éticos de los sistemas ciberfísicos” (Ethical Aspects of Cyber-Physical Systems), elaborado por la Unidad de Previsiones Científicas STOA (Science and Technology Options Assessment) del European Parliamentary Research Service. En octubre de 2016 se publica un estudio titulado “Normas de Derecho civil sobre robótica” (Civil Law Rules on Robotics), elaborado por Nathalie Nevejans, de la Universidad de Artois por encargo del European Parliament’s Legal Affairs Committee. Más interesante

es el “Análisis en profundidad” titulado ¿Debemos temer a la inteligencia artificial? (Should we fear artificial intelligence?), de marzo 2018 y también del citado grupo STOA. Recientemente, el 25 de abril de 2018 se emite una Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las regiones sobre Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final (SWD(2018)), 137 final).

Como reflexiona el Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y nuevas tecnologías, los actuales sistemas y software de alta tecnología emergentes son merecedores de un análisis particular. Específicamente se hace referencia a sistemas y software que se vuelven progresivamente independientes de los humanos y ejecutan tareas que convencionalmente requieren inteligencia humana. La importancia de realizar este análisis reside en la relevantes y complejas cuestiones morales que estos sistemas suscitan. Y plantean las siguientes cuatro cuestiones que exponemos y comentamos. Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías. Comisión europea Declaración sobre inteligencia artificial robótica y sistemas autónomos. Investigación e innovación, marzo 2018. Esta declaración se enfoca en el conjunto de tecnologías digitales inteligentes. Actualmente estas tecnologías convergen y a menudo están interrelacionadas, conectadas o totalmente integradas. Algunos ejemplos son la inteligencia artificial clásica, los algoritmos de aprendizaje autonómico (en inglés Machine Learning) y aprendizaje profundo (en inglés Deep Learning), las redes conexionistas y generativas antagónicas, la mecatrónica y la robótica. Entre los casos más conocidos que ilustran la convergencia de estas tecnologías podemos mencionar los automóviles que prescinden de un conductor, los sistemas de armas robóticas, los bots conversacionales (chatbots) y los sistemas de reconocimiento de voz e imagen.

Primero, estos sistemas generan preguntas sobre seguridad, protección, prevención de daños y mitigación de riesgos. ¿Cómo podemos construir un mundo con IA y dispositivos “autónomos” interconectados que sea seguro y cómo podemos estimar los riesgos involucrados?

En nuestra opinión no basta solo con la creación de códigos deontológicos y reglas éticas, sino de reglas jurídicas, de obligado cumplimiento. No olvidemos que las primeras se mueven en un terreno “deontológico”, lo que debe ser.

La ética es la reflexión sobre las cosas que nos pueden conducir a una buena vida. Solo la que el “empeño de vivir bien” tiene que ir necesariamente ligado a la transformación a mejor de las sociedades en que vivimos. (ACOSTA, M./VILLARROIG MARTÍN, J. Ética aplicada a la tecnología. Ediciones CEU, 2018, págs. 10-14. Esta actuación moralista, haz lo que te gustaría que te hicieran (o en su versión negativa) no hagas lo que no te gustaría que te hicieran. Los lleva a completar el discurso con el imperativo categoría de Kant (Crítica de la razón pura) “obra de tal manera que tu máxima de acción particular la puedan querer como una ley universal para toda la humanidad (véase especialmente pág. 15). Esta regla creo que debe inspirar la narrativa futura sobre la robótica, es la manera más eficiente de responder frente a los

daños, riesgos, imprevisiones, descuidos etc. que la aplicación de la robótica avanzada provoque sin las personas...).

Pero lo referido obedece a un pleno desprovisto de eficacia sancionadora. Luego lo que requerimos son normas jurídicas, y no solo disposiciones éticas.

Tomemos como punto de partida los sistemas sociotécnicos dinámicos y complejos que incorporan IA y componentes robóticos avanzados. En esos casos, ¿dónde se sitúa el agente moralmente relevante? ¿Cómo se debe atribuir y distribuir la responsabilidad moral? ¿Quién es responsable de resultados no deseados, y en qué sentido es responsable? ¿Es razonable hablar de “control compartido” y “responsabilidad compartida” entre humanos y máquinas inteligentes? ¿Formarán los humanos parte de los ecosistemas de dispositivos “autónomos” solamente para funcionar como “zonas de absorción de impacto” moral, para asumir obligaciones, o estarán realmente en una posición que les permita responsabilizarse de lo que hacen? (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, op. cit. (Inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos), pág. 7).

Esto nos lleva a examinar dos planos distintos, por un lado, cómo atribuir y distribuir la responsabilidad moral. En nuestra opinión, la formulación es equivocada, lo que debe regularse es la responsabilidad civil, y en esto es solidaria o no (pudiera traerse a colación por argumentación a simili, lo que acontece en la ley de la Edificación con los distintos agentes involucrados, para exonerarse debe probarse su actuación diligente...). Pero volviendo a la “responsabilidad moral”, solo sería importante para la conciencia del individuo, y esta nunca es coercible ni tiene sanción, a salvo el reproche moral o ético... Estos sistemas generan preguntas sobre gobernanza, regulación, diseño, desarrollo, inspección, monitoreo, prueba y certificación. ¿Cómo se deben nuestras instituciones y leyes ser rediseñadas para que estén al servicio del bienestar de las personas y la sociedad, y para hacer de la sociedad un lugar seguro ante la aplicación de estas tecnologías? (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, op. cit. (Inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos), pág. 7).

A nuestro modo de ver debe ir en consonancia con una “ética cívica”, y al respecto se ha indicado que esta “ética” de mínimos se articula en una serie de valores en los que todos deberíamos estar de acuerdo para vivir humanamente, (ACOSTA, M./VILLARROIG MARTÍN, J. op. cit. (Ética aplicada a la tecnología), págs. 16 y 17 especialmente).

En este sentido se ha llegado a hablar especialmente de una nueva ciencia “de futuro” la Robótica que es principalmente la ética de los investigadores, de los fabricantes y de las personas involucradas en el uso de los robots. Una de las ramas específicas estudia la ética de la conducta humana en la interacción con artefactos robóticos y el impacto que este vínculo genera en los planos de la identidad y de lo emocional, sobre la base de que los robots son máquinas diseñadas frecuentemente para evocar, a partir de similitudes y de reacciones a los estímulos del ambiente, a un ser viviente, humano o animal, con las consecuencias que generan, por un lado, la ficción y la simulación de emociones, y por otro, la proyección de significados en la relaciones,

(PALMERINIO, E. “Robótica y derecho : sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea” en Revista de Derecho privado, nº 32, enero-junio de 2017, pág. 54).

Hay preguntas sobre la toma de decisiones democráticas que incluyen aquellas que atañen a instituciones, políticas y valores. Estas significativas cuestiones apuntalan todas las anteriores. Por ejemplo, en todo el mundo se llevan a cabo investigaciones para determinar en qué medida terceros se están aprovechando de los ciudadanos mediante técnicas avanzadas de provocación (en inglés nudging). Estas son técnicas que están basadas en aprendizaje automático, datos masivos y ciencias del comportamiento. Haciendo uso de estas herramientas, es posible crear perfiles personales detallados, aplicare protocolos de microfocalización (en inglés microtargeting) y adaptar y manipular las arquitecturas de toma de decisiones según fines comerciales o políticos, (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, op. cit. (Inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos), pág. 7. DÍAZ ALABART, S. op. cit. (Robots y responsabilidad civil), págs. 38 y 39. Explica la autora los riesgos derivadas del tratamiento electrónico de datos para el derecho en la intimidad de las personas y su uso fraudulento, ya se ha puesto de relieve de forma evidente con la reciente filtración masiva de datos recogidos por Facebook y utilizados por CAMBRIDGE ANALYTICA. Explica la autora que esta compañía parece que accedió de un número elevado de usuarios de Facebook, y ese material se utilizó para influir en campañas electorales, como la que dio lugar al Brexit inglés o en las últimas presidenciales americanas. Si bien, podríamos añadir, por nuestra parte que, en sentido contrario y viendo lo que ha pasado con la crisis mundial y robótica del “coronavirus”, puede utilizarse el “big data” como instrumento de ayuda en la información y en la intervención (en este caso sanitaria). Recientemente, se decía en un reportaje del periódico El País (domingo 22 de marzo de 2020) “El virus y el mundo de mañana”, que el control digital, que en oriente no halla resistencia crítica resultó eficaz contra la pandemia. Que la UE no entendía que la soberanía del futuro sin los datos, no las fronteras. Y se exigía un cambio de paradigma del que Europa todavía no se había enterado. Vemos que depende de la cultura, ya se indica en el reportaje que la conciencia crítica contra la vigilancia digital es en Asia inexistente. En fin, es una lucha, un dilema entre la Seguridad (control del Estado) y la protección de datos, y la privacidad ¿dónde está el equilibrio?... Retomando el tema de la compañía CAMBRIDGE ANALYTICA, recientemente, en un reportaje en El Mundo (22 de marzo de 2020), precisamente el analista de datos Christofer Wylie, creador de la compañía, explicaba lo siguiente: La historia de Cambridge Analytica nos enseña que nuestra identidad y nuestra conducta se han convertido en mercancías, gracias al negocio de alto riesgo de los datos. Las empresas que controlan el flujo de información están entre las más poderosas del mundo; los algoritmos que han diseñado estas empresas influyen en las mentes de todo el mundo de una forma que antes resultaba inimaginable. No importa cuál sea el tema que más le preocupe: la violencia y las armas, la inmigración, la libertad de expresión, la libertad religiosa... Usted no podrá escapar de Silicon Valley, el nuevo epicentro de la crisis de percepción. Mi trabajo con Cambridge Analytica expuso el lado oscuro de la innovación tecnológica. Nosotros innovamos. La alt-right innovó. Rusia innovó. Y Facebook, esa red donde usted comparte sus fiestas

privadas y las fotos de sus hijos, permitió que esas innovaciones se publicaran libremente...En fin, este es el peligro de la innovación tecnológica y la información tergiversada en la era de la digitalización y su influencia verdaderamente de futuro y “perversamente” utilizada un arma informativa de destrucción masiva).

Se nos ha recordado al respecto que los datos personales pueden ser objeto de tratamientos automatizado; nombre, estado civil, estados y números de cuentas corrientes y tarjetas de crédito, listados de morosos e impagados, datos médicos, legales, sexuales, religiosos, políticos. Todos esos datos pueden ser recogidos y almacenados en bancos informatizados y más tarde tratados con diversas finalidades como devengan créditos o seguros, enviar publicidad, mailing u ofertas para contratar personalizadas, basadas en los datos obtenidos.

Finalmente, también se plantean preguntas sobre la transparencia de la IA y los sistemas “autónomos” y la capacidad que tenemos para explicarlos. ¿Qué valores sustentan estos sistemas de forma efectiva y demostrable? ¿En cuáles valores se fundamenta la forma en la que diseñamos nuestras políticas y nuestras máquinas? ¿En cuáles valores queremos basar nuestras sociedades? Además, ¿cuáles valores estamos permitiendo que sean socavados, abierta o silenciosamente, en aras del progreso tecnológico? Por último, ¿qué concesiones estamos dispuestos a hacer para obtener utilidades? Un caso para analizar estas preguntas es la aplicación de la IA para la “optimización” de procesos sociales mediante sistemas de puntuación social con los que algunos países experimentan. Este tipo de actividades violan la idea fundamental de igualdad y libertad de la misma forma que lo hacen los sistemas de castas. Ambos construyen “diferentes tipos de personas” cuando en realidad solo hay personas con “características diferentes”. En vista de estos eventos, ¿cómo se puede prevenir que estas poderosas tecnologías sean utilizadas como herramientas para socavar sistemas democráticos y como mecanismos de dominación?, (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías, op. cit. (Inteligencia artificial, robótica y sistemas autónomos), pág. 7).

En fin, el dilema enfrenta y enfrentará a derechos fundamentales como la libertad, la dignidad, la privacidad y protección de datos frente a un sistema que propugne la seguridad y la dominación de la información. Es fruto de una conciencia nueva, de una innovación tecnológica y que como vimos con la compañía Cambrigde Analytica, capaz de muestrear enormes cantidades de datos e influir en la realidad sociológica y/o políticamente.

La autonomía sólo se puede predicar del ser humano, no de la maquina inteligente porque esta no tiene ni adquirirá capacidad de decidir, de razonar, de ejercer la libertad de actuar, carece de conciencia, y como decía KARL POPPER “los seres humanos son irremplazables y, por el hecho de serlo, son muy distintos de las máquinas”. En palabras de LACRUZ MANTECÓN, “son capaces de disfrutar de la vida, de sufrir, de enfrentarse conscientemente a la muerte”. Cada uno de ellos es un yo, sin fines en si mismos como decía KANT, (POPPER, K./ECCLES, J. El yo y su cerebro. Editores Labor, Barcelona 2ª ed. 1993, pág. 4. Y ECCLES, J. de LACRUZ MANTECÓN, L. “Potencialidades de los robots y capacidades de las personas” en Los Robots y el derecho (coord.

ROGEL VIDE, C.). Edit. REUS, 2018, pág. 62. Tiene razón cuando concluye que no somos máquinas, tampoco podemos ser imitados por máquinas, y la llamada IA fuerte (singularidad tecnológica que presupone al robot inteligente capacidad de interrelación con su entorno), simplemente no existe. “En fin, un ordenador con una memoria amplia puede almacenar un conjunto de instrucciones como para permitirle aprender por experiencia. Un cerebro que puede aprender posee un principio de inteligencia, pág. 37).

No puede identificarse la autonomía del ser humano con la de la máquina, esta podrá disponer de toda una intensa información algorítmica, pero sus sensores no son neuronas. El robot inteligente no tiene ni adquirirá conciencia de su individualidad, de su “mismidad ontológica” como el ser humano. Si carece de razonamiento propio puede emular, comparar, superar complejos, problemas en base a su información conectada, pero esa no le identifica con la persona humana.

Como dice ROGEL VIDE, los robots solo funcionan con energía que puede faltar, pudiendo ser desconectados, careciendo de sentido común, no tienen una cultura basada en valores. El cerebro humano es único en tanto que le información almacenada en un robot se puede reproducir, (ROGEL VIDE, C. op. cit. (Robots y personas), pág. 1. Y también, LÓPEZ MANTECÓN, M. op. cit. (Potencialidades de los robots), pág. 52. Y también, SEARLE, J. El misterio de la conciencia. PAIDOS, Barcelona, 2000, pág. 24).

Un robot “inteligente” podría almacenar datos intensos e inmensos, pero no por eso sería capaz de poseer inteligencia propia, pensamiento individual. Y así autores como SEARLE estiman que la conciencia es una característica exclusivamente humana, una propiedad que deriva del cerebro humano y no del electrónico.

En fin, el principio de autonomía descansa en la dignidad y autodeterminación humanas, e implica la necesidad de poner en conocimiento de los ciudadanos el hecho de que van a interactuar con un sistema de inteligencia o con un robot, a fin de que puedan decidir con conocimiento de causa. Natalie Nevejans destaca que de este principio derivan las siguientes ideas:

- El ser humano debería tener siempre la capacidad de obligar a un robot a obedecer sus órdenes (lo que excluiría su utilización como armas o como mecanismos de seguridad).
- Todo ser humano debe tener derecho a negarse a recibir atención de un robot, incluso si no sufriría ningún daño, por la simple razón de que no aceptar esta negativa violaría su dignidad.
- Es necesario el consentimiento previo y expreso del paciente para la prestación de servicios sanitarios por robots.
- Es necesario adaptar precauciones especiales en la interacción de sistemas de inteligencia artificial y robots con personas especialmente vulnerables (niños, ancianos, discapacitados), (GONZÁLEZ GRANADO, J. “Los principios bioéticos en la regulación robótica” <https://tallerdederechos.com/los-principios-bioeticos-en-la-regulacion-de-la-robotica/>).

En fin, si la norma jurídica compete al sujeto, las personas a su cumplimiento, a no trasgredir el orden legal, y sino corresponderá la sanción.

En cambio, el orden ético sitúa al sujeto en el secreto a su conciencia. Es como dicen ACOSTA Y VILLARROIG, afecta a los comportamientos de las personas en su privacidad, como en su vida social, discerniendo su bondad o maldad desde el punto de vista moral. Y para diferenciarlo del orden deontológico, el contenido de este se refiere a la esfera pública de comportamiento, al quehacer profesional, aunque el objeto de estos códigos es estrictamente ético, (ACOSTA, M./VILLARROIG MARTÍN, J. op. cit. (Ética aplicada a la tecnología), págs 44 y 45).

El GEE propugna una amplia y sistemática participación pública y debates sobre la ética de la IA, la robótica y la tecnología “autónoma”. Asimismo, aboga por que se discuta sobre los valores elegidos por las diferentes sociedades para ser integrados en el desarrollo y la gobernanza de estas tecnologías. Este proceso, donde el GEE está listo para desempeñar su papel, debe proporcionar una plataforma para integrar las diversas y amplias iniciativas descritas anteriormente. Además, se debe realizar un debate social amplio, inclusivo y de gran alcance, que contenga las muy diversas perspectivas existentes. De esta forma, aquellos con diferentes conocimientos especializados y distintos valores, podrán ser escuchados. El GEE insta a la Unión Europea a situarse a la vanguardia de dicho proceso y pide a la Comisión Europea que apoye la puesta en marcha e implementación de tales actividades.

Como primer paso para alcanzar la formulación de un conjunto de directrices éticas que sirvan de base para el establecimiento de normas y medidas legislativas globales, el GEE propone un conjunto de principios éticos fundamentales y prerequisites democráticos, basados en los valores establecidos en los Tratados de la UE y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las nuevas tecnologías, págs. 6 y siguientes).

Se dice que el concepto “autonomía” tiene un origen filosófico y se refiere a la capacidad que tienen las personas humanas para legislarse a sí mismas, para formular, pensar y elegir normas, reglas y leyes que ellos mismos deben cumplir. Este concepto abarca el derecho a ser libre para establecer estándares, objetivos y propósitos de vida propios. Notablemente, aquellos procesos cognitivos que sustentan y facilitan la autonomía están entre los más estrechamente relacionados con la dignidad de las personas, la agencia humana y la actividad humana por excelencia. Por lo general, estos procesos comprenden las capacidades de autoconocimiento y autoconciencia, que a su vez están íntimamente relacionadas con motivos y valores personales. Por lo tanto, la autonomía, en el sentido éticamente relevante de la palabra, solo puede ser atribuida a los seres humanos. De ahí que resulte inapropiado utilizar el término “autonomía” para referirse a mero artefactos, aunque se trate de sistemas adaptativos complejos muy avanzados o incluso “inteligentes”. Sin embargo, el término sistemas “autónomos” ha ganado gran aceptación en la literatura científica y en los debates públicos. El término se utiliza para hacer referencia al grado más alto de automatización y de independencia de los seres

humanos en términos de “autonomía” operativa y de toma de decisiones. Pero la autonomía, en su sentido original, es un aspecto importante de la dignidad humana que no debe relativizarse, (Grupo europeo sobre Ética de la Ciencia y las nuevas tecnologías, pág. 8).

A mayor abundamiento en la propuesta de Resolución del Parlamento europeo de 30 de enero de 2019, también se alude a los aspectos éticos, y se recuerda que, las aplicaciones de inteligencia artificial deben respetar los principios éticos y el Derecho nacional y la normativa europea. Así se pide a la Comisión y a los Estados miembros que promuevan una cooperación estrecha y transparente entre los sectores público y privado y la universidad que refuerce el intercambio de conocimientos y fomente la educación y la formación de los diseñadores en cuanto a las implicaciones éticas, la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales y de los consumidores sobre el uso de la robótica y de la inteligencia artificial, haciendo especial hincapié en la seguridad y la privacidad de los datos.

Y se insta a la Comisión que vele por que las aplicaciones basadas en la inteligencia artificial no utilicen datos recogidos de diversas fuentes sin haber recibido previamente el consentimiento de la persona concernida; pide a la Comisión que cree un marco que garantice que el consentimiento dado por la persona concernida únicamente genere datos para los fines previstos. Y se subraya, en cuanto a la autonomía de la inteligencia artificial y a la robótica, que debe desarrollarse sujetando las principios de transparencia y de responsabilidad algorítmica de modo que los seres humanos puedan comprender sus acciones; señala que, a fin de generar confianza en la inteligencia artificial y permitir el progreso de la misma, los usuarios deben ser conscientes de cómo se utilizan sus datos, otros datos y datos derivados de sus datos, cuando se comunican o interactúan con un sistema de inteligencia artificial o con humanos que se apoyan en un sistema de inteligencia artificial, (Informe op. cit. de la Propuesta de la Resolución del Parlamento, 30-enero-2019).

Esta es la clave, no perder el control y así la Resolución del Parlamento europeo (Introducción ap Q) explica que es necesario integrar salvaguardas y la posibilidad de control y verificación por parte de las personas en los procesos de toma de decisiones automatizadas y basadas en algoritmos.

Como explica MOZO SEOANE, el objetivo de dicho control sería que las máquinas, cualquiera que sea el grado de inteligencia que alcancen, operen siempre no solo adoptando las mismas decisiones posibles, sino que su actividad esté bien alineada con los valores humanos. Por ello, la mentada Resolución del Parlamento europeo recoge entre sus principios generales que el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas, (MOZO SEOANE, A. “La Revolución tecnológica y sus retos : medios de control, fallos de los sistemas y ciberdelincuencia” en La Robótica y el Derecho (dir.) ROGEL VIDE, C. Colección jurídica general. Madrid, 2018, págs. 84 y 85 especialmente).

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda

UNA DÉCADA DEL “MODELO BOLONIA” DE UNIVERSIDAD

A UNIVERSITY DECADE OF THE “BOLONIA MODEL”

Dr. Isaac Tena Piazuelo
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 10 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2020

RESUMEN: El pasado mes de marzo se cumplía una década de un acontecimiento (pasó necesariamente desapercibido, por la urgencia de las circunstancias que nos rodeaban), que pretendió otorgar una nueva identidad a la Universidad europea. Se trata de la culminación (al menos, teórica) del denominado “proceso de convergencia en el Espacio Europeo de Educación Superior (-o EEES-)”. Desde entonces muchas cosas han cambiado en la institución universitaria, aunque ese proceso todavía no puede darse por concluido.

ABSTRACT: Last March, a decade has passed since the event that aimed to provide the European University a new identity (but went unnoticed as a consequence of the urgency of the circumstances by that time). Indeed, the purpose was the culmination of the “process of convergence in the European Higher Education Area” (EHEA). Since then, many changes have occurred with regard to the University institution, although the procedure still cannot be terminated.

PALABRAS CLAVE: Espacio europeo de educación superior, Proceso de Bolonia, reforma de la Universidad europea.

KEYWORDS: Process of convergence in the European Higher Education Area, reform of the Higher Education in Europe.

SUMARIO: 1. Marco normativo de la Convergencia en el EEES. 2. El “modelo Bolonia”: ¿oportunidad o problema? 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

1. MARCO NORMATIVO DE LA CONVERGENCIA EN EL EEES.

El 25 de mayo de 1998, los Ministros de Educación de Francia, Alemania, Italia y Reino Unido firmaron en la Sorbona una Declaración instando al desarrollo de un "Espacio Europeo de Educación Superior" (EEES). Se trataba del primer paso de un proceso político y técnico de cambio, a largo plazo, de la enseñanza superior en clave europea. El 19 de junio de 1999, tuvo lugar la Declaración de Bolonia. Fue suscrita por veintinueve Estados europeos (agregándose otros muchos países posteriormente, incluso no comunitarios), lo que da idea de la voluntad decidida de los socios europeos para materializar el EEES, organizándolo con arreglo a los principios de calidad, movilidad, diversidad, competitividad. Y orientado hacia la consecución, entre otros, de dos objetivos estratégicos: el fomento del empleo en la Unión Europea y la conversión del sistema Europeo de Formación Superior en un polo de atracción para estudiantes y profesores de otras partes del mundo¹.

2. EL “MODELO BOLONIA”: ¿OPORTUNIDAD, O PROBLEMA?

El proceso de Bolonia ha tenido y todavía tiene entusiastas defensores, y convencidos detractores. No es mi cometido resolver semejante controversia, pero sí me atrevo a decir que está llena de claroscuros. Probablemente los responsables políticos de la Convergencia en el EEES *han tenido que mostrarse* (otra cosa los hubiera abocado a una insostenible contradicción) convencidos de la bondad del proceso, con independencia de la concreta ideología de los partidos políticos gobernantes. Mientras que buena parte del colectivo estudiantil (si es que puede identificarse así a los grupos que son capaces de movilizarse para adquirir cierta visibilidad) y del profesorado universitario, han sido críticos con un mayor o menor número de cuestiones específicas de aquel proceso (la duración, la financiación, la privatización de lo público, también cuestiones estrictamente pedagógicas, *etc.*).

En ocasiones se ha puesto demasiado énfasis en la existencia de un *enfrentamiento ideal* de tensiones, entre quienes están a favor y quienes no lo están, *todo o nada*. Sin embargo ha pasado desapercibida, en buena medida, una *postura* -llamémosla- *realista* de aquella cuestión, que parte de la constatación de que buena parte de las diferencias valorativas sobre “Bolonia” no se dan necesariamente en un mismo plano conceptual. Es decir, resulta difícil no admitir que el proyecto político y económico europeo debe tener algún género de consecuencias en la organización de la enseñanza superior: en este sentido, tampoco resulta difícil reconocer que el proceso de convergencia es positivo en sus líneas generales. Sin desdeñar, al mismo tiempo, que el detalle de ese proceso no siempre se ha previsto con el tino adecuado. Creo que es importante percibir que la valoración de lo que supuso la Convergencia es relativa. Quiero decir que dependía de múltiples variables, pero señaladamente

¹ El proceso de Bolonia “ha sido un éxito sin precedentes -sic- en la cooperación regional transfronteriza en el ámbito de la educación superior...”. Cfr. la información “institucional” contenida en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:c11088> (Acceso: 25 mayo 2020).

estaba condicionada por las expectativas² que había llegado a suscitar la reforma esperada, en cada rama de especialización de las Facultades universitarias.

El proceso de convergencia en el EEES, no constituyó solamente una cuestión técnica, en los términos de un planeamiento o planificación de Estudios. Tenía otras dimensiones (en cierto sentido, comportaba una *cosmovisión economicista*³), como las ideológicas, políticas, sociales, económicas, estatutarias o profesionales, *etc.* En último término, creo que puede afirmarse que el referido proceso ha alumbrado una *nueva* Universidad (sea satisfactoria, o no)⁴. Genéricamente la gran reforma emprendida pretendía una modernización de la Institución, con la particularidad de que esa actualización tenía carácter supranacional. En particular se perseguía que la Universidad se adaptase mejor a la sociedad (formación más profesional y orientada a la investigación), que favoreciese especialmente la empleabilidad.

Por otra parte, a pie de calle, las incidencias del proceso de implantación de “Bolonia” sirvieron como piedra de toque de la capacidad crítica de la juventud española, y de su poder de movilización. Los medios de comunicación se ocuparon de que expresiones como *Movimiento Antibolonia*, resultasen familiares, asociándolas con imágenes de manifestaciones, encierros, o reuniones asamblearias en muchas de las Universidades de la geografía española. La violencia con que, en algunas ocasiones, se producían disturbios callejeros y en los campus, o con la que se reprimía, contribuyó a dar mayor visibilidad a la reacción anti-Bolonia. Las razones reales de todo ello fueron diversas. Pero, en cualquier caso, no puede desconocerse que el nuevo modelo de estudiante que exigía Bolonia debía ser un alumno a tiempo completo, y con relativa capacidad adquisitiva. Es decir, por una parte, el nuevo sistema se consideraba poco compatible con el eventual mantenimiento de obligaciones laborales, pues prácticamente se espera que el estudiante pase todo el día en el entorno de la Universidad (al menos, en esa otra normalidad que dejamos atrás en marzo de 2020). Por otra parte, aunque puedan contenerse los precios de la formación básica o de Grado, los Ciclos completos hasta el nivel de Máster exigen una mayor inversión económica (al no contar con una subvención pública significativa). Todo ello acaba dificultando el acceso universal a los estudios superiores lo que, según algunos, contribuye a una *elitización* de la Universidad moderna.

Inicialmente parecía que Bolonia iba a comportar una reducción de la duración de las carreras, o de los Grados, pero esta es una realidad solo aparente. Pues resulta discutible qué salidas profesionales quedan a merced de esa formación universitaria básica (la que corresponde a los *simples* graduados). El mercado laboral (en una situación de oferta irregular) acaba seleccionando profesionales con el Ciclo de formación completo hasta Máster.

² Lo que explica que en ocasiones las reacciones críticas no se hayan dirigido tanto al modelo de convergencia, sino al alcance real de su implantación en cada titulación en particular.

³ Cfr. Chr. BALDUS, “Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 4/2009, p. 14.

⁴ Se han ido produciendo cambios profundos en la Institución Universitaria: se reconoce la relevancia social de la educación Superior en la construcción europea, para lograr la *Europa del conocimiento*; hay nueva cultura de la calidad; un concepto de *formación a lo largo de toda la vida*: la Universidad se contempla no como una etapa final de formación, sino como dispensadora de una formación básica que permita seguir aprendiendo; la sociedad actual exige una formación menos vinculada a contenidos específicos y especializados: se busca una formación más polivalente, centrada en la capacidad de adaptación a situaciones diversas y orientada a la resolución de problemas.

De tal modo que, en la práctica, para la preparación universitaria de salida hay que sumar a la duración de los Grados también los Postgrados.

Hay otros protagonistas de la relación docente universitaria que se sintieron directamente interpelados por las novedades que supuso la Convergencia⁵. Me refiero al profesorado, que reaccionó de diverso modo: hubo quienes a favor, otros de manera abiertamente crítica. Entre los primeros, se ha enfatizado el objetivo de la Convergencia de establecer titulaciones reconocidas a nivel europeo, la modernización y mejora de la calidad de los sistemas universitarios, así como “desarrollar la diversidad y flexibilidad en la educación superior como instrumento para afrontar los desafíos de la globalización y de una sociedad basada en el conocimiento”⁶.

En un planteamiento diametralmente distinto, algún autor describe «Las mentiras del EEES»: “algunas de las promesas que nos hicieron con la llegada del EEES han demostrado ser falsas. ...Los métodos de aprendizaje activo no son todavía usados con asiduidad en todas las carreras, y la clase magistral sigue siendo la metodología más común... La evaluación continua no es la forma de evaluación dominante, y en muchos casos ha sido confundida con «examinación continua»...El aumento de la movilidad y la empleabilidad, dos de los objetivos fundamentales del EEES, no se ha conseguido en Europa...”⁷.

Tengo que recordar que en el ámbito de la Universidad de Zaragoza se suscitó un interesante debate sobre los inconvenientes que traía la Convergencia, tal como se estaba materializando. Me refiero al “Manifiesto contra el Plan Bolonia” suscrito por más de medio centenar de profesores, que tomaron postura al considerar que el proceso de reforma universitaria se pretendía abordar de manera “apresurada”⁸, sin el suficiente debate y dejando sin definir cuestiones de importancia, incluso se reprochaba que el modelo de convergencia perseguía “objetivos elitistas”. Advirtiendo del “riesgo evidente de privatización de la gestión y de mercantilización de la universidad pública”⁹, debido a la

⁵ Y han elaborado interesantes reflexiones, para no extenderme demasiado, *vgr.*: BALDUS, en “Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia”, *cit.*, pp. 14-19; N. BALLUERKA LASA, y J. I. PÉREZ IGLESIAS, “Proceso de Bolonia: Dos visiones contrapuestas”, *Organización y gestión educativa: Revista del Fórum Europeo de Administradores de la Educación*, Vol. 17, Nº 5, 2009, pp. 11-17; C. ELÍAS MÉNDEZ, “El proceso de Bolonia y su aplicación en España: Consideraciones críticas”, *RUE: Revista Universitaria Europea*, 17/2012, pp. 23-36; X. FERREIRO BAAMONDE, “Mercantilización y precarización del conocimiento: el proceso de Bolonia”, en VVAA, *La universidad en conflicto: capturas y fugas en el mercado global del saber*, ed. TdS, Madrid, 2010, pp. 113-144; E. LINDE PANIAGUA, *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, ed. Civitas, Cizur Menor, 2010; R. PUYOL ANTOLÍN, “Siete argumentos a favor de Bolonia”, *Nueva revista de política, cultura y arte*, 120/2008, pp. 90-95; B. RODRÍGUEZ ROSADO, “La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Núm. 3, enero 2011, pp. 55-66; V. A. SANJURJO RIVO, “El proceso de Bolonia: mito y realidad”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Núm. 5 enero 2012, pp. 121-146; F. SÁNCHEZ CARRACEDO, “Las mentiras del EEES”, *ReVisión*, vol. 11, núm. 1. Enero 2018, pp. 17-29. Realmente punzante resulta la interpretación de C.E. NÚÑEZ (*cfr. Universidad y ciencia en España. Claves de un fracaso y vías de solución*, ed. Gadir, Madrid, 2013, p. 276) sobre la actitud del profesorado: “Quienes no tenían mucho que hacer y carecían de verdadera vocación universitaria acogieron Bolonia con entusiasmo, ya que les permitía ampliar sus méritos de gestión con vistas a una promoción; los demás, minoría silenciosa, asistieron descorazonados a este nuevo envite contra la verdadera esencia de la universidad”.

⁶ PUYOL ANTOLÍN, *loc. cit.*, pp. pp. 90-95.

⁷ *Cfr.* el resumen y las conclusiones de SÁNCHEZ CARRACEDO, en “Las mentiras del EEES”, *cit.*, pp. pp. 17-29.

⁸ Sin documento de acompañamiento presupuestario y sin plan progresivo de adaptación del profesorado y de adecuación de las estructuras (laboratorios, bibliotecas, espacios para tutorías, inversiones en personal, *etc.*), a pesar de que ya hacía tiempo del comienzo del proceso.

⁹ La denostada “mercantilización” no es solamente una aprensión del modelo universitario que se ha llevado a la práctica en nuestro país. “En 2017 entró en vigor la Ley británica sobre educación superior e investigación, una reforma que incide en el modelo de universidad orientado al mercado... Este sistema está basado en indicadores que poco tienen que ver con la calidad de la docencia, como son el tiempo medio de finalización del grado o los niveles de empleo medio de sus graduados, y que perjudican especialmente a las humanidades y a parte de las

penetración del capital privado mediante cátedras de empresa, y en la “identificación perniciosa entre intereses empresariales y sociales, que otorga al mercado la capacidad absoluta para incidir, no sólo en el diseño de los máster, sino incluso en los planes de grado”. Los firmantes del manifiesto consideraban que se hacía gala de un “optimismo injustificado y desaforado” por parte de las autoridades¹⁰.

Manifiestos similares ¹¹, firmados por profesores y personal de administración y servicios, se realizaron en casi una decena de universidades españolas.

Todos los obstáculos con que tropezaba no impidieron que nuestro país fuera completando las etapas de ese cuestionado proceso de Convergencia de la Educación Superior. Pues es, en definitiva, el que se halla implantado en la actualidad de manera más o menos perfecta. Sin perjuicio de que ese proceso todavía no se ha completado: más que un resultado definitivo, constituye una actitud abierta de adaptación a necesidades que van cambiando¹².

3. CONCLUSIÓN

Quiero concluir este breve apunte conmemorativo con una opinión que me parece especialmente lúcida, aunque probablemente no resulte grata a los entusiastas de “Bolonia”, y al tiempo parezca a sus detractores poco comprometida: “La Declaración de Bolonia, cuando se formula en 1999, respondía de forma muy general a la necesidad de modernizar la universidad europea a fin de hacerla más atractiva y competitiva en el contexto de un mundo globalizado. ...Sin embargo, a Bolonia se le atribuyó injustificadamente aspectos que no contemplaba (si bien es cierto que su desarrollo posterior los propiciaba) y, sobre todo, se le concedió un falso carácter de inexorabilidad, pues parecía que no había más remedio que llevar a cabo la reforma cuando, en realidad, la Declaración no es una norma jurídica vinculante y, por si hubiese alguna duda, algunos países europeos se quedaron voluntariamente al margen de este proceso de reformas. Además, se le otorgó entre nosotros propiedades taumatúrgicas, de suerte que su mera aplicación vendría a resolver de un plumazo todos los problemas que padece la universidad española, lo cual es sencillamente ilusorio, entre otras cosas porque algunos de esos problemas son propios de nuestra universidad y Bolonia ni siquiera los aborda”¹³.

ciencias sociales, áreas donde se genera el pensamiento crítico...”. Cfr. L. GÁLVEZ, https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/Universidad-pensiones-derrota-publico_6_763683634.html (Consulta: 25-5-2020).

¹⁰ Cfr. Heraldo de Aragón, 28 de marzo de 2009: “Sesenta profesores de Zaragoza presentan un manifiesto contra el Plan Bolonia”. https://www.heraldo.es/noticias/aragon/sesenta_profesores_zaragoza_presentan_manifiesto_contra_plan_bolonia.html (Consulta: 25-5-2020).

¹¹ Como el denominado “Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia”, que fue firmado por más de mil profesores de Derecho, encabezados por juristas de la talla de García de Enterría o Díez-Picazo.

¹² Desde hace tiempo se viene hablando de la conveniencia de redistribuir la duración de grados y postgrados. Aunque, sin duda, estas cuestiones se han convertido en secundarias en el curso académico 2019-2020, cuando la mayoría de las universidades han tenido que adaptarse sobre la marcha de los propios acontecimientos, a un escenario imprevisto para el modelo de relación docente basado en la presencialidad.

¹³ Cfr. SANJURJO RIVO, en “El proceso de Bolonia: mito y realidad”, *cit.*, p. 142.

Bolonia es muchas cosas pues comporta -como ya he dicho- una *cosmovisión economicista*. Sin embargo, la actividad y los fines de la Universidad no pueden confinarse en estrategias de eficiencia productiva, o de rendimientos¹⁴.

En ocasiones se ha puesto demasiado énfasis en la existencia de un enfrentamiento ideal de tensiones, entre quienes están a favor y quienes no lo están. Sin embargo personalmente creo que ha pasado desapercibida, en buena medida, una postura -llamémosla- realista de aquella cuestión, que parte de la constatación de que buena parte de las diferencias valorativas sobre la Convergencia no se han producido necesariamente en un mismo plano conceptual. Es decir, resulta difícil no admitir que el proyecto político y económico europeo debe tener algún género de consecuencias en la organización de la enseñanza superior: en este sentido, el espíritu de la reforma universitaria es beneficioso en sus líneas generales. Son en realidad los detalles de ese proceso, los que debieron plantear reparos objetivos. Me preocupa (como profesor de Derecho) que, por alguna razón, Alemania, Italia, Francia o Reino Unido excluyeran la titulación de Derecho del proceso de Bolonia. Lo que podría alentar la idea de que tal vez la universidad española se encontrase (al menos, en cuanto a las titulaciones jurídicas) en el lugar o el momento equivocado del proceso de Convergencia¹⁵.

4. Bibliografía

- BAUMAN, Z., *Vida líquida*, ed. Paidós, Barcelona, 2006.
- BALDUS, Chr., "Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 4/2009, p. 14-19.
- BALLUERKA LASA, N., PÉREZ IGLESIAS, J. I., "Proceso de Bolonia: Dos visiones contrapuestas", *Organización y gestión educativa: Revista del Fórum Europeo de Administradores de la Educación*, Vol. 17, Nº 5, 2009, pp. 11-17.
- ELÍAS MÉNDEZ, C., "El proceso de Bolonia y su aplicación en España: Consideraciones críticas", *RUE: Revista Universitaria Europea*, 17/2012, pp. 23-36.
- EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:c11088> (Consulta: 25-5-2020).
- FERREIRO BAAMONDE, X., "Mercantilización y precarización del conocimiento: el proceso de Bolonia", en VVAA, *La universidad en conflicto: capturas y fugas en el mercado global del saber*, ed. TdS, Madrid, 2010, pp. 113-144.
- GÁLVEZ, L., https://www.eldiario.es/andalucia/desdeelsur/Universidad-pensiones-derrota-publico_6_763683634.html (Consulta: 25-5-2020).
- HERALDO DE ARAGÓN, https://www.heraldo.es/noticias/aragon/sesenta_profesores_zaragoza_presentan_manifiesto_contra_plan_bolonia.html (Consulta: 25-5-2020).
- LINDE PANIAGUA, E., *El proceso de Bolonia: un sueño convertido en pesadilla*, ed. Civitas, Cizur Menor, 2010.
- NÚÑEZ, C. E. *Universidad y ciencia en España. Claves de un fracaso y vías de solución*, ed. Gadir, Madrid, 2013.
- PUYOL ANTOLÍN, R., "Siete argumentos a favor de Bolonia", *Nueva revista de política, cultura y arte*, 120/2008, pp. 90-95.

¹⁴ Siempre es provechoso recordar a Z. BAUMAN: "La universidad, que debe mirar a la sociedad a que sirve, tiene que estar por encima de los caprichos comerciales o del mercado" (cfr. *Vida líquida*, ed. Paidós, Barcelona, 2006, p. 23).

¹⁵ Probablemente se echará en falta una conclusión más extensa, si no pudiera deducirse de las opiniones reflejadas. Por varias razones resulta un tanto difícil ser más explícito, siendo la primera que la Convergencia no se puede valorar de una manera homogénea o única, su efecto ha sido distinto en cada titulación universitaria. En segundo lugar, ya se ha dicho, la Convergencia constituyó un nuevo camino para la evolución de las universidades europeas que todavía no tiene un término final: eso explica que no pueda darse por cerrado el debate sobre la duración de los grados y postgrados (el modelo preponderante es de "cuatro más dos", pero existe una cierta tendencia para alargar la formación especializada a costa del Grado). Por concluir, no exagero si afirmo que los principios de la aquella reforma (al margen de las cuestiones técnicas) tenían una intención política y económica muy ambiciosa (en el contexto de la "sociedad del conocimiento") que se creyó que conduciría a sistemas más eficientes para correlacionar la formación universitaria y la empleabilidad: es difícil calibrar el realismo con que se intentó lograrlo, pues las sucesivas crisis económicas (incluso, en algún momento, crisis también política del proyecto europeo) han permitido encadenar una sucesión de períodos de cierta anormalidad (la trascendencia de la producida en 2020, todavía no estamos en condiciones de poder valorarla). Es decir, la conclusión sobre lo que ha supuesto el proceso de Convergencia en el EEES, está rodeada necesariamente de relativismo.

RODRÍGUEZ ROSADO, B., “La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Núm. 3, enero 2011, pp. 55–66.

LA CRIOGÉNESIS: UN SERVICIO ¿DE CIENCIA O FICCIÓN?

CRYOGENESIS: A SERVICE OF SCIENCE OR FICTION?

Vanesa García Herrera
Profesor Titular de Universidad
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2019
Fecha de aceptación: 17 de enero de 2020

RESUMEN: La criogenización no está contemplada por el ordenamiento jurídico español, pero tampoco se prohíbe por considerarse contraria al orden público o por entender que la disposición del cuerpo criopreservado se encuentra fuera del comercio de los hombres. Estando admitida la disposición del propio cadáver a favor de la ciencia y la donación de órganos, parece que no debería plantearse obstáculo a la permisión de este mecanismo de conservación transitoria, si bien es cierto que se encuentra con ciertas trabas legales, algunas de las cuales se analizarán en el presente estudio.

ABSTRACT: Cryogenization is not contemplated by the Spanish legal system, but it is also not prohibited because it is considered contrary to public order or because it understands that the disposition of the cryopreserved body is outside the commerce of men. With the disposition of the corpse itself in favor of science and organ donation being admitted, it seems that there should be no obstacle to the permission of this transitory conservation mechanism, although it is true that it encounters certain legal obstacles, some of which will be analyzed in the present study.

PALABRAS CLAVE: Criogénesis, muerte, cadáver, arrendamiento de servicios, depósito y testamento vital.

KEYWORDS: Cryogenesis, death, corpse, service lease, deposit and living will.

SUMARIO:

1. La esperanza de la resurrección versus normativa sobre sanidad mortuoria. 2. Presupuestos sine qua non de la eficacia de la criogénesis. Su elevación a condiciones suspensivas del acuerdo. 3. La criogénesis y el destino final del cadáver. 4. El contrato de criogénesis: ¿depósito o arrendamiento de servicios? 5. La importancia del testamento vital cuando el servicio se contrata por el propio sujeto cuyo cadáver va a ser objeto de vitrificación.

1. LA ESPERANZA DE LA RESURRECCIÓN VERSUS NORMATIVA SOBRE SANIDAD MORTUORIA.

*Entrégame tu cadáver y te lo devolveré con vida cuando se descubra la cura a la enfermedad que te causó la muerte*¹. En pocas palabras, esto es lo que los clientes de las empresas dedicadas a la criopreservación o criogénesis¹ esperan obtener del servicio contratado. Esta idea descansa sobre un doble fundamento: por un lado, el deseo y la esperanza de vivir muchos años, a ser posible, eternamente, y por otro, los términos empleados en la oferta de dichos servicios. Quien pierde a un hijo, sobre todo a edades tempranas, se aferra a cualquier posibilidad de “recuperarlo”, sea cual sea su coste y el tiempo que deba esperar, y las referidas empresas ofertan servicios orientados a largo plazo a la “recuperación biológica”, expresión que a fecha de hoy viene a significar lo mismo que la resurrección. “Venden” que el objetivo de la criónica es el mantenimiento del cadáver —que para ellos no es tal, sino cuerpo humano o “persona en animación suspendida”, de manera que prefieren hablar de “paciente”—, para tratarlo médicamente y reanimarlo en el futuro, cuando sea posible y siempre que sea posible. Sostienen que la vida puede detenerse y reiniciarse siempre que la estructura celular y química queden preservadas suficientemente merced a la ciencia de la nanotecnología², que permitirá dispositivos con capacidad de reparación y recuperación tisular extensas, incluida la reparación de células individuales, posibilitando la recuperación a cualquier persona preservada. Ante una oferta en los referidos términos, la creencia de cualquier consumidor medio será, probablemente, la de que se le está ofreciendo la vida después de la muerte, obviamente a cambio de un precio que, como veremos, no es precisamente simbólico ni insignificante.

La criopreservación o criogénesis es el mantenimiento del cuerpo humano, ya cadáver, a bajas temperaturas. Teóricamente no sustituye a ningún tratamiento médico, ya que solo es posible una vez haya sido certificada la muerte del sujeto; y decimos teóricamente porque sólo es factible si no se ha producido la muerte encefálica. El procedimiento debe iniciarse tan pronto como sea posible, no siendo eficaz más allá de los 15 minutos *post mortem*. Una vez certificado el fallecimiento del sujeto, se restaura artificialmente su circulación sanguínea y su respiración y se le suministra una serie de medicamentos para proteger al cerebro de la falta de oxígeno. Una vez que el corazón deja de bombear y cesa el riego comienzan los daños isquémicos consecuencia de la falta de oxígeno y, correlativamente, el deterioro de las células, tejidos y órganos. Si el sujeto ha perdido totalmente y de forma irreversible sus funciones cerebrales, aunque permanezca con actividad cardíaca y ventilación artificial, en otras palabras, producida la muerte cerebral o encefálica, no será posible la criopreservación, porque llegado el momento no habría nada que recuperar. El equipo médico procederá entonces a llevar a cabo un descenso de la temperatura del cuerpo —ya cadáver— y a su traslado al centro de criogénesis, en donde se le extraerá toda la sangre y se le introducirá, en su lugar, un líquido criónico compuesto por pequeñas moléculas que

¹ El término criogénesis o criónica se utilizó por vez primera en el año 1965 por Karl Werner, fundador de la Cryonics Society of New York (Sociedad Criogénica de Nueva York) junto con Curtis Henderson y Saul Kent fundó.

² La criónica se apoya en la nanotecnología, con respecto a la cual presenta una dependencia funcional; de hecho, se confía en que la nanotecnología desarrolle grandes avances que permitan reparar los posibles daños que el cuerpo haya podido experimentar antes y durante la criogenización.

penetrarán en el interior de las células y reducirán el punto de congelación del agua. El cuerpo se introducirá en una cápsula hermética (criocápsula) y se le inyectará nitrógeno líquido a alta presión vitrificándolo a menos 196°C, quedando el mismo boca abajo, de suerte que, ante cualquier percance (piénsese por ejemplo en una fuga de gas o en una eventual falta de nitrógeno) el cerebro estará más protegido. El enfriamiento por debajo de los menos 5°C produce un congelamiento del agua que está dentro de las células y crea cristales de hielo que perforan las membranas de las mismas, provocando serios daños; este riesgo se supera mediante el proceso de vitrificación, a través del cual parte del agua corporal se reemplaza por agentes protectores. La temperatura de la criocápsula se mantendrá a menos 196°C, quedando el cadáver, según los defensores de la criogenización, en “vida suspendida”, en un estado en el que cualquier actividad biológica, incluso las reacciones bioquímicas que producirían la muerte de las células, queda detenida. La administración de los crioprotectores antes de la congelación puede prevenir los daños (o la mayoría de ellos) producidos por la misma, preservando las estructuras celulares del cerebro.

Sostienen los defensores de la criogénesis que, realizada la misma en las condiciones indicadas, se mantendrían la identidad, la memoria y la personalidad del sujeto criogenizado, aspectos que se encuentran almacenados en la estructura y en la química cerebral. Conservaría, por lo tanto, los recuerdos de experiencias pasadas que tuviera al tiempo de su muerte, la conciencia que tenía respecto de sí mismo y su patrón de actividades, pensamientos, sentimientos y repertorio conductual que le caracterizaba en ese momento³. En síntesis, el “sujeto criogenizado” se mantiene en “estado de espera”. En palabras de VIOLAT BORDONU, F. un cuerpo criogenizado está muerto desde un punto de vista legal, pero dicha muerte no es irreversible. La actividad enzimática y metabólica del “paciente” se ha reducido a cero y el paso del tiempo no le afectará en tanto su temperatura se mantenga por debajo de ciertos límites, quedando en lo que denomina crioéstasis, en un estado de espera con la esperanza de despertar en el futuro.

La criogenización no está contemplada por nuestro Ordenamiento Jurídico. El Derecho español no la regula, ni siquiera la menciona en cuanto posible método de conservación transitoria del cadáver entre el momento del fallecimiento del sujeto y el tiempo en que se le procura destino final, pero tampoco la prohíbe en cuanto atentatoria del orden público o ilícita o por considerar la disposición del destino de los cuerpos crioconservados como algo ajeno al comercio humano⁴. A lo anterior debe añadirse que, estando admitida la disposición del cadáver a favor de la ciencia y la donación de órganos, y siempre dejando al margen las cuestiones éticas y morales, no parece que exista razón alguna para negar la admisión de la criopreservación. No obstante lo

³ Dos son las teorías que coexisten en torno a la personalidad: a) La teoría de los cinco factores, que defiende que los rasgos de la personalidad (conciencia, agradabilidad, neuroticismo, franqueza y extraversión) son rasgos exclusivamente genéticos que se desarrollan a lo largo de la infancia hasta alcanzar su plena madurez en la edad adulta. Están programados para dejar de evolucionar al alcanzar dicha edad, en la que el sujeto pasa de ser joven a ser adulto; b) Las teorías contextuales, favorables al cambio constante de la personalidad a lo largo de toda la vida, según la influencia de las circunstancias.

⁴ En este sentido LLEDÓ YAGÜE, F. e INFANTES ESTEBAN, S.: *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 66 y LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.: *La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del ser criónico renacido*, Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, n° 50, enero-junio 2019, Dykinson, ISSN 1134-7198, pp. 138 y 139.

anterior, lo cierto es que se encuentra con ciertas trabas legales, algunas de las cuales van a ser objeto de análisis en este trabajo.

La celeridad con que debe iniciarse el proceso de criogenización choca, de entrada, con lo establecido en el Reglamento de Política Sanitaria Mortuoria (en adelante RPSM)⁵ y en la normativa de las Comunidades Autónomas sobre el momento idóneo para la práctica de los métodos de conservación transitoria de los cadáveres. De conformidad con el RPSM las prácticas de conservación transitoria del cadáver, entre las cuales se incluyen la congelación y la refrigeración, sólo pueden realizarse entre las 24 y las 48 horas siguientes a la defunción; en otras palabras, deben pasar como mínimo 24 horas a contar desde el instante del deceso para poder iniciar dicha actividad. Además, tales prácticas deben ser autorizadas por la Jefatura Provincial de Sanidad correspondiente, previa solicitud del pariente presente más allegado del fallecido o, en su defecto, de la entidad u organismo responsable, solicitud que deberá acompañarse del certificado de defunción y de la licencia de enterramiento. La petición sólo se admitirá previa comprobación de que la técnica a emplear está admitida por la Dirección General de Sanidad (arts. 15 y 21 RPSM). Mas debe advertirse que en el ámbito sanitario son las Comunidades Autónomas las que ostentan competencia, reconociéndose las municipales en la actividad funeraria (art. 25.2.j LRBRL). Todas las Comunidades Autónomas que cuentan con una normativa propia en esta sede establecen como momento inicial para la realización de las operaciones de tanatopraxia, en la misma línea que el RPSM, el de las 24 horas tras la muerte, exigiendo, además, que se haya obtenido el certificado de defunción y la licencia de enterramiento o la inscripción en el Registro Civil.

La heterogeneidad normativa que existe en esta materia genera en ocasiones situaciones de difícil gestión por incompatibilidad entre las normas autonómicas, y ello determina, a su vez, la necesidad de disponer de una normativa armonizada al respecto. Con este propósito se creó, por parte de la Comisión de Salud Pública, un grupo de trabajo formado por representantes de las Comunidades Autónomas y coordinado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, con el mandato de elaborar una Guía de consenso sobre cuestiones exclusivamente sanitarias en el ámbito de la sanidad mortuoria que pudiera ser utilizada como referencia por las Comunidades Autónomas y por la Administración General del Estado a la hora de elaborar o de modificar su propia normativa, manteniendo así unos criterios comunes y armonizados. El resultado fue la Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria aprobada en Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018, en la que, a los efectos que aquí nos interesan, también se señala el plazo mínimo de 24 horas a contar desde la muerte para iniciar las operaciones de tanatopraxia en los siguientes términos: «Las prácticas de tanatopraxia se podrán efectuar una vez obtenido el certificado médico de defunción y la licencia de sepultura y, en general, entre las 24 y las 48 horas desde el fallecimiento».

En resumen, en España, de conformidad con la normativa vigente, no es posible la práctica de la criogénesis. Las 24 horas mínimas que se exigen a contar desde el deceso para poder realizar sobre el cadáver cualquier actividad de mantenimiento la privan de factibilidad. De ahí que la criogenización de los

⁵ Aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio.

españoles que han optado por esta alternativa haya sido efectuada en Estados Unidos y en Rusia.

Actualmente hay tres empresas de criopreservación en activo, dos en Estados Unidos (Alcor Life Extension Foundation y Cryonics Institute) y una en Rusia (KioRus). Si bien en Europa de momento no hay ninguna en activo, España parece que será la pionera en esta actividad; Cecryon ha intentado abrir sus puertas y ofrecer estos servicios en Riba-roja de Túria (Valencia). Aunque su propósito era comenzar a prestar sus servicios en el último trimestre del año 2018, ello no ha sido posible todavía porque la Generalitat Valenciana le tiene abierto un expediente informativo para evitar el posible fraude a los consumidores y usuarios y para garantizar el cumplimiento de la legalidad vigente. En su página Web, eludiendo toda referencia al citado expediente, informan a los posibles interesados de que sus instalaciones permanecen en fase de prueba y equipamiento tecnológico.

2. PRESUPUESTOS SINE QUA NON DE LA EFICACIA DE LA CRIOGÉNESIS. SU ELEVACIÓN A CONDICIONES SUSPENSIVAS DEL ACUERDO.

Se considera muerta a una persona cuando cesan sus funciones corporales, incluida la respiración y el latido cardíaco. No obstante, ante la posible reanimación de sujetos que habían permanecido durante un tiempo sin respiración, ritmo cardíaco o cualquier otro signo visible de vida, y teniendo en cuenta que es perfectamente factible mantener la respiración y el flujo sanguíneo de forma artificial, fue necesario redefinir la “muerte”, surgiendo de esta forma el concepto de “muerte cerebral o encefálica”⁶⁶, que se declara cuando el sujeto ha perdido total e irreversiblemente sus funciones cerebrales, aun cuando permanezca con actividad cardíaca y ventilación artificial. La muerte comienza después del paro cardiorespiratorio, si bien en ese instante hay algunas células del organismo que mantienen su actividad. Éste es el momento oportuno para iniciar el proceso de criogénesis, cuyo objetivo es conservar suspendidas las funciones vitales de esas células para poder después “recuperar” a esa “persona” con su conciencia y su personalidad intactas. En ese momento, por lo tanto, no se ha llegado a producir la muerte encefálica, y por ello estas empresas hablan de “pacientes” y no de cadáveres para referirse a los cuerpos criopreservados. Presupuesto *sine qua non* de la criopreservación es, por lo tanto, que no se haya producido tal muerte encefálica.

A lo anterior debe añadirse que dicha muerte (no encefálica) debe haber sido una muerte natural, es decir por una causa originada dentro del propio cuerpo, y que no se haya procedido a la realización de una autopsia clínica, tratamiento que queda a la discrecionalidad del médico y que puede servir para diagnosticar algunas enfermedades. La autopsia consiste en un examen y un estudio de los órganos, de los tejidos y de los huesos del cadáver para averiguar la causa de la muerte, de manera que, una vez efectuada, poco sentido tendría ya la criopreservación. Por lo tanto la criogénesis no sería posible en los

⁶⁶ La muerte encefálica es el cese irreversible de las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de los hemisferios craneales como del troncocéfalo, que se produce cuando la presión intracraneal supera la presión sistólica y se genera una parada circulatorio-cerebral. Su diagnóstico se basa en la comprobación de un coma arreactivo y de ausencia de reflejos troncoencefálicos y respiración espontánea.

supuestos de muerte violenta (casos en que el fallecimiento se produce por una causa exógena, accidental o intencional) o sospechosa de criminalidad (casos en los que, pese a no encontrar signos de violencia en el cuerpo, no existen datos que permitan conocer la causa de la muerte), en los que procede la realización de la autopsia médico-forense a solicitud del Juez sin posibilidad de negativa por parte de los familiares por disposición de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 340 y 343 LECr).

En pocas palabras, primer presupuesto de la criogenización es la muerte natural no encefálica.

Como ya se ha dicho en el apartado anterior, el proceso debe iniciarse cuanto antes sea posible tras el fallecimiento del sujeto, descendiendo su temperatura y procediendo a su inmediato traslado al Centro de criogénesis para continuar con el mismo. Dicho traslado debe efectuarse sin demora, de suerte que no quede interrumpida la circulación sanguínea y la respiración, pues lo contrario causaría graves daños al cerebro. Cuanto más tiempo pase desde el momento de la muerte hasta el tratamiento del cadáver en las instalaciones habilitadas al efecto mayor será el riesgo de que el proceso resulte ineficaz, lo cual nos conduce a configurar dicha celeridad en el traslado como segundo presupuesto de la criogénesis.

Cuando la muerte del sujeto se produce en un lugar próximo al Centro no se plantea problema alguno a este respecto. Los inconvenientes surgen cuando el cadáver debe ser trasladado, agravándose cuanto mayor será la distancia y el tiempo del mismo; se amplían los tiempos de llegada del cadáver al Centro no sólo por el tiempo a emplear en el recorrido de la distancia entre éste y el domicilio mortuario, sino también por el tiempo que precisa el cumplimiento de la burocracia correspondiente. Pueden distinguirse a este respecto tres supuestos:

a) Fallecimiento dentro del territorio de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre ubicado el Centro de Criogénesis.

En este supuesto el problema del tiempo de desplazamiento sería prácticamente inexistente. Respecto de la documentación precisa para el traslado, si bien el RPSM exige autorización sanitaria, casi todas las normas autonómicas han eliminado dicho trámite.

b) Fallecimiento dentro del territorio nacional, pero en la demarcación territorial de una Comunidad Autónoma distinta a aquella en la que se encuentre ubicado el Centro de Criogénesis.

En esta hipótesis sería precisa autorización sanitaria, salvo en Aragón, Navarra, Galicia y País Vasco, Comunidades Autónomas que la han sustituido por una mera comunicación previa. Canarias y Baleares exigen la autorización sanitaria para los traslados fuera de la isla.

Debe advertirse que algunas Comunidades Autónomas han fijado un plazo mínimo de 24 horas durante el cual el cadáver debe permanecer en el domicilio mortuario, no permitiéndose su traslado durante este plazo a otras Comunidades. Otras no exigen dicho plazo a tales efectos, pero sí para dar destino final al cadáver. En este orden de cosas, el proceso de criogénesis sólo sería factible cuando la muerte se haya producido en el territorio de alguna de las Comunidades Autónomas en las que no se exige el referido plazo para proceder al traslado. En definitiva, el interesado debe intentar morir en una de estas Comunidades autónomas.

c) Fallecimiento en el extranjero.

El traslado internacional de cadáveres es competencia exclusiva del Estado, de la Dirección General de Salud Pública. El expediente a estos efectos se instruye por los Cónsules españoles o por los funcionarios encargados de las misiones o representaciones diplomáticas de España en el extranjero, dentro de las respectivas demarcaciones de su función.

El traslado se efectuará previa solicitud, en la que deberá dejarse constancia de los datos del solicitante y de la persona fallecida, de la fecha de muerte, de su causa y del lugar en que se halla el cadáver, del medio de transporte a utilizar, de la frontera, puerto o aeropuerto por el que haya de certificarse la entrada en España y el lugar en que se procederá a la inhumación o incineración, que en nuestro caso sería el Centro de criopreservación. Esta solicitud deberá acompañarse del certificado médico acreditativo de la enfermedad causante de la muerte, del certificado del procedimiento de conservación, del certificado de defunción del Registro Civil y de la copia de la petición. El funcionario tramitará la solicitud a través del Ministerio de Asuntos Exteriores que, a su vez, deberá dar conocimiento a la Dirección General de Sanidad, la cual comunicará la autorización a dicho Ministerio y a las Jefaturas Provinciales de Sanidad a cuyas Provincias correspondan el lugar de entrada en España y la localidad en la que se vaya a proceder a la inhumación o incineración. La Embajada o Consulado no sufragará los gastos ocasionados por el traslado (arts. 34 a 36 RPSM).

Para el traslado a España de cadáveres desde el extranjero deberá tenerse en cuenta además lo previsto en el Acuerdo sobre el Traslado Internacional de Cadáveres, Tratado Internacional firmado en Estrasburgo en el seno del Consejo de Europa el 26 de octubre de 1973 y ratificado por España el 5 de febrero de 1992. En este Acuerdo se fijan las condiciones exigibles para la expedición de cadáveres y para su tránsito o admisión en el territorio de los Estados contratantes. Según este instrumento, todo cadáver debe ir provisto durante su traslado de un documento especial denominado “salvoconducto mortuario”, expedido por la autoridad competente del Estado de partida que certifique que se han cumplido los requisitos médicos, sanitarios, administrativos y legales para el traslado de cadáveres, que el cadáver ha sido depositado en un féretro con las características definidas en el propio Acuerdo y que sólo contiene el cadáver de la persona mencionada en el salvoconducto. Para el traslado por vía aérea se impone que el féretro disponga de un dispositivo de ventilación (no se exige el embalsamamiento).

En síntesis, el tiempo que implica el cumplimiento de la burocracia exigida para el traslado de cadáveres, unido al del propio traslado, reducen la factibilidad del proceso de criogenización. Por ello, y con absoluta independencia de las consecuencias económicas que puedan fijarse en el acuerdo por la gestión llevada a cabo por la empresa hasta ese momento (documentación del acuerdo, traslado del personal médico al domicilio mortuario, preparación del cadáver para su traslado, gestión del traslado.), sería aconsejable prever tal circunstancia en el contrato en cuando causa resolutoria del mismo en su caso.

El tiempo es factor clave; cuanto más pase, menores serán las posibilidades de concluir el proceso con éxito. Una prueba de ello fue lo sucedido con el

cadáver de Laurence Pilgeram en Estados Unidos. La empresa Alcor Life fue demandada por el hijo del citado, Kurt Pilgeram, quien había pagado la criogenización del cuerpo entero de su padre y, pese a ello, recibió a los pocos días de su fallecimiento las cenizas de su cuerpo al haberse procedido exclusivamente a la congelación del cerebro. Ocurrió que el equipo médico reconoció el cuerpo del Laurence a los dos días de su muerte, plazo éste que resultaba demasiado largo para iniciar el proceso sin riesgos, por lo que optaron por efectuar una neuropreservación, que es el proceso consistente en congelar sólo el cerebro con el objetivo de preservar su memoria e identidad personal.

De acuerdo con todo lo expuesto, la llegada del cadáver al Centro en condiciones idóneas para su criogénesis, lo cual implica que la causa de la muerte haya sido natural y que se haya realizado el traslado sin demora, debería contemplarse como condición suspensiva de la eficacia del contrato.

3. LA CRIOGÉNESIS Y EL DESTINO FINAL DEL CADÁVER

Dice el Código civil en su artículo 32 que la personalidad se extingue por la muerte de la persona. Debe advertirse que la “personalidad legal” no se corresponde con la personalidad en términos científicos. En sentido científico, es el patrón de actitudes, pensamientos y repertorio conductual que caracteriza al sujeto en el momento en que se le contempla. En sentido jurídico, es la aptitud o cualidad de la persona para ser sujeto (activo o pasivo) de relaciones jurídicas y que se despliega en dos vertientes: la capacidad jurídica o de goce, que es la aptitud para la tenencia y goce de los derechos, y la capacidad de obrar o de ejercicio, que es la aptitud para ejercitar los derechos y poder concluir actos jurídicos. La capacidad jurídica se adquiere en el instante mismo del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (art. 29 Cc), y la capacidad de obrar a los 18 años cumplidos, es decir, al alcanzar la mayoría de edad, a menos que el sujeto sea privado de ella total o parcialmente en virtud de sentencia judicial firme (arts. 199, 315 y 322 Cc). Ambas capacidades, que integran y forman la personalidad, cesan con la muerte (art. 32 Cc); fallecido el sujeto, éste deja de ser persona y pasa a asumir la condición de cadáver.

El cadáver es todo cuerpo humano durante los 5 años siguientes a la muerte, computándose dicho plazo desde la fecha y hora de la muerte que figura en la inscripción de la defunción practicada en el Registro Civil. También se considera como tal aquel cuerpo humano sobre el que, una vez transcurrido el citado plazo de 5 años, no han terminado los fenómenos de destrucción de los tejidos blandos (músculos, tendones, vasos sanguíneos, grasa, vasos linfáticos, nervios y tejidos que rodean las articulaciones)⁷.

El cadáver se configura como una *res extra commercium*, no siendo en consecuencia susceptible de apropiación. En este sentido, no puede equipararse a los bienes y derechos patrimoniales que se transmiten a los herederos por la

⁷ *Guía de Consenso sobre Sanidad Mortuoria*, aprobado en Comisión de Salud Pública de 24 de julio de 2018, elaborada por el Grupo de Trabajo de Sanidad Mortuoria compuesto por representantes de la Subdirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de las Comunidades Autónomas.

muerte de una persona⁸. Sobre el mismo no puede haber derecho de propiedad o derecho de posesión, ya que el objeto de los derechos reales debe encontrarse dentro del comercio, y los restos humanos no lo están. El cadáver se encuentra sometido a normas de interés público y social, sin que las posibilidades de disposición que se reconocen a los particulares sobre el mismo autoricen para admitir la posible existencia sobre él de un derecho subjetivo. Es una cosa, pero no es susceptible de ser objeto de derechos patrimoniales. Se trata de una *res sui generis*, por su condición de huella y residuo de la personalidad, pero cosa al mismo tiempo, objeto más de respeto y de culto que de poder o dominio⁹. En cuanto *res extra commercium* el cadáver no puede constituirse en objeto de contrato, puesto que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1271 Cc “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres...*”

A quién corresponde decidir sobre el destino final del cadáver de un sujeto es una cuestión que carece de regulación en nuestro Derecho. Esta laguna debe salvarse merced a mecanismos de integración, como por ejemplo la analogía, la aplicación de los principios generales del derecho en cuanto informadores de nuestro ordenamiento jurídico y el recurso a la costumbre y los usos sociales como fuente supletoria de la ley. Existen normas de nuestro Derecho Civil que permiten reconocer tal derecho de disposición a las personas más allegadas, entre las cuales se incluye el cónyuge, en el caso de existir una situación de normalidad matrimonial¹⁰, y los progenitores¹¹. Se reconoce dicha facultad al cónyuge por aplicación del artículo 1894 Cc en relación con los artículos 143 y 144 del mismo cuerpo legal, que impone la obligación de satisfacer los gastos funerarios a quienes en vida del difunto hubieran tenido la obligación de alimentarlo, entre los cuales se encuentran el cónyuge, los ascendientes y los descendientes, por este orden¹²; y se reconoce a los progenitores, por su condición de herederos del fallecido, que en cuanto tales le suceden en todos sus derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte (arts. 659, 660 y 661 Cc). Otra posible solución pasaría por acudir al orden de llamamientos de la sucesión intestada, en el que el legislador ha reflejado la más normal proyección afectiva de las personas, dando preferencia a los ascendientes, a los descendientes y al cónyuge, por este orden. En cualquier caso, debe advertirse que puede ocurrir que este orden no responda a la realidad social. Aplicando la costumbre, la atribución de la reiterada facultad dependería de las relaciones que, en vida del difunto, hubieran existido entre éste y su cónyuge y sus progenitores en el marco de las relaciones conyugales y paterno filiales respectivamente, siendo así que, en caso de un contexto de normalidad matrimonial y de convivencia conyugal, los usos ponen de manifiesto que es al viudo al que, en cuanto persona más allegada al fallecido, corresponde decidir sobre el tiempo, lugar, modo y demás circunstancias que rodeen al enterramiento y al funeral¹³. En cualquier caso, siempre deberá darse prioridad a lo dispuesto al respecto por el propio fallecido (arts. 890.1 y 911 Cc).

⁸ SSAP Guipúzcoa de 2 de febrero de 2001 y Barcelona de 23 de marzo de 2004.

⁹ SSAP Alicante de 7 de junio de 1995, Cádiz de 14 de abril de 2000 y Alicante de 2 de julio de 2003.

¹⁰ SSAP Zaragoza de 16 de octubre de 2002 y Barcelona secc. 1ª de 23 de marzo de 2004.

¹¹ La SAP Burgos de 17 de enero de 2000 atribuyó tal derecho de disposición a los padres de la fallecida, con exclusión del cónyuge, al haber sido aquéllos los que gestionaron el entierro y abonado los gastos funerarios.

¹² STS 4 de noviembre de 2015 y SSAP Zamora de 16 de octubre de 2002 y Oviedo de 26 de septiembre de 2017.

¹³ SAP Burgos de 17 de enero de 2000.

El destino final de todo cadáver es el enterramiento o la incineración, ambos en lugar autorizado, o su inmersión en alta mar, para lo cual habrá que estar a lo prevenido en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Aérea. La mayoría de las normas autonómicas sobre sanidad mortuoria clasifican los cadáveres, a efectos de su destino final, en dos grupos de riesgo: a) Grupo I: incluye los cadáveres de fallecidos por una serie de enfermedades infectocontagiosas (que varían según las Comunidades Autónomas) y los contaminados con productos radioactivos; b) Grupo II: integra los cadáveres de personas fallecidas por el resto de enfermedades no incluidas en el Grupo I. Otras, como por ejemplo País Vasco y Canarias, establecen la clasificación en tres Grupos: a) Grupo I: formado por cadáveres de personas fallecidas por enfermedades infectocontagiosas; b) Grupo II: integrado por los cadáveres contaminados por la presencia de sustancias, isótopos o productos radioactivos y los que representen un riesgo sanitario por contaminación radiactiva tras haber sufrido radiación; c) Grupo III: incluye los cadáveres de personas fallecidas por causas no indicadas en los otros dos Grupos. A los cadáveres afectados por enfermedades infectocontagiosas se les debe dar destino final inmediatamente se cuente con el certificado de defunción y con la licencia de sepultura; a los contaminados por sustancias radioactivas, según lo establecido en la normativa sobre seguridad nuclear; y a todos los demás, con carácter general, entre las 24 y las 48 horas siguientes al fallecimiento. Quedan excluidos a estos efectos los cadáveres congelados, que deberán conservarse transitoriamente o embalsamarse a criterio del profesional responsable. Pues bien, en el supuesto de que el cadáver fuera congelado para su criopreservación, su destino final quedará suspendido hasta la conclusión del correspondiente contrato, momento en el cual, no siendo posible la “recuperación biológica” del “paciente”, se le deberá dar destino final —ya sea por la propia empresa, por los herederos o por la persona designada a tal efecto, según lo contractualmente estipulado— y, en caso contrario, se entregará a la ciencia para que proceda a dicha “recuperación”. Como ya ha quedado expuesto, a día de hoy esta segunda hipótesis es una “posibilidad imposible”¹⁴. En consecuencia, la criogenización no exime de que el destino final del cadáver sea uno de los antes referidos, quedando el mismo en guarda y custodia en el Centro de criogenización durante el interregno que media entre el momento del fallecimiento y el del destino final. En resumen, la criogénesis, de momento, es un servicio de preparación, tratamiento y mantenimiento del cadáver que se presta en la fase intermedia fallecimiento/destino final.

El interrogante que se nos plantea, llegados a este punto, es el de si las personas que ostentan el derecho de decidir sobre el destino final de un cadáver ajeno (de un tercero), gozan también de la facultad de optar por su criopreservación, es decir, si dentro de las facultades de disposición se incluye la de decidir la criogénesis.

La decisión tomada por el propio sujeto cuyo cadáver será objeto de criopreservación a su fallecimiento no plantea inconveniente alguno, salvo que se trate de un menor de edad o de una persona con la capacidad judicialmente modificada, en cuyo caso son sus representantes los que deberían actuar por él, pues en caso contrario el contrato celebrado por aquéllos sería anulable,

¹⁴ En efecto, ninguno de los cadáveres que han sido criogenizados ha sido todavía recuperado. El primer hombre criogenizado fue James Bedford, Profesor de Psicología de la Universidad de California. La congelación tuvo lugar el 12 de enero de 1967 y todavía hoy continúa en ese estado.

pudiendo ser impugnado dentro de los 4 años siguientes a la extinción de la patria potestad o tutela, respectivamente (arts. 1263 y 1301 Cc). El propio sujeto puede decidir su criogenización futura dejando constancia de tal voluntad y pagarlo antes de su fallecimiento o imponer dicho pago como carga o deuda hereditaria. Es decir, el sujeto puede decidir que el pago del proceso se realice con los bienes de su herencia a su fallecimiento (siempre y cuando así se acuerde con la empresa), decisión que podrá ser impuesta a sus herederos si en dicha herencia hubiera dinero bastante a tal efecto, ya que en caso contrario en ningún caso podría obligarse a los herederos a abonar la diferencia (o incluso el entero) atendida la facultad que a los mismos se reconoce por el Código civil para aceptar a beneficio de inventario o repudiar la sucesión. En este sentido, podría decidir su criogenización comprometiendo como contraprestación bienes de su herencia, pero, excediendo el importe acordado con la empresa del valor de aquéllos, quedaría al arbitrio de los herederos el respecto de la voluntad de su causante.

Mas ¿qué ocurre cuando quien decide la criogenización es un tercero? Debe partirse de la idea de que la criogenización no es configurable como un destino final, sino como un mecanismo de conservación del cadáver en determinadas condiciones durante el hiato fallecimiento/destino final. Si la facultad de disponer del cadáver ajeno se interpreta, en su literalidad, como aquélla que permite a un tercero decidir el destino final del mismo en defecto de instrucciones al respecto del propio fallecido, no debería admitirse tal posibilidad, salvo que este último hubiera manifestado de algún modo su consentimiento a dicho tratamiento. Si la ley exige el consentimiento del interesado para cualquier tratamiento médico, con mayor razón debería precisarse el consentimiento a la criopreservación, sobre todo ante la posibilidad de que el “cuerpo” (cadáver) sufra daños celulares irreversibles. La criogénesis es un tratamiento que debería constituir una decisión personalísima, de la misma manera que lo es la donación del cuerpo a la ciencia, supuesto éste al que puede asimilarse a estos efectos.

La cuestión se podría plantear respecto de los menores de edad sometidos a patria potestad y de los sujetos a tutela. De acuerdo con el artículo 223 Cc “*Los padres podrán, en testamento o en documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que haya de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados*”. De este precepto se podría inferir la posibilidad de que el representante de un menor o de un incapacitado, en previsión de su posible fallecimiento, establezca instrucciones respecto a la asistencia médica y sanitaria, presente y futura, de su representado¹⁵. Y de esto a su vez podría inferirse la posibilidad de que dichos representantes decidieran la criopreservación de sus representados. Imaginemos ahora que los progenitores no estuvieran de acuerdo al respecto, siendo uno favorable a la criogénesis del hijo y otro contrario. En tales supuestos resultaría de aplicación la disposición contenida en el párrafo 2º del artículo 156 Cc, de manera que cualquiera de ellos podría acudir al Juez, quien, tras oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años (siempre y cuando el conflicto se plantee en vida de éste), atribuirá a uno la facultad de

¹⁵ LACALLE SEVER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. y APARICIO URTASUM, C.: *Sucesiones y Herencias*, 2008.

decidir. En cualquier caso, debe advertirse que en tal hipótesis, y ante el contexto normativo vigente en España, el Juez no se pronunciaría sobre la legalidad de la criogénesis, sino sobre la atribución de la facultad de decir en caso de controversia entre los progenitores¹⁶.

4. EL CONTRATO DE CRIOGÉNESIS: ¿DEPÓSITO O ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS?¹⁷

Atendiendo Llegados a este punto se nos plantea el siguiente interrogante: suponiendo que en España Cecryon u otra empresa dedicada a la criopreservación de cuerpos humanos lograra comenzar a prestar servicios, ¿qué tipo contractual sería el adecuado según la legislación vigente?

Hay que partir de la idea, irrefutable hoy, de la imposibilidad de la “recuperación biológica”. En este sentido, cualquier contrato que tuviera por causa o fin dicha recuperación tendría la consideración legal de contrato nulo. Nadie puede obligarse a hacer algo que es imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). En la actualidad dicho servicio sería imposible originaria (porque el servicio es de imposible prestación al tiempo de la celebración del contrato) y absolutamente (porque el servicio es imposible en sí mismo, para cualquier persona). Más discutible sería determinar si la nulidad sería total o parcial, ya que ello dependería de los servicios comprometidos y de cuál fuera la voluntad del consumidor al tiempo de la conclusión del contrato en orden a querer o no la eficacia del mismo pese a ese servicio imposible. En este sentido si además de a la “recuperación biológica” la empresa se comprometiera al tratamiento, mantenimiento y custodia del cadáver y la voluntad del consumidor fuera la de querer dicho contrato pese a la imposibilidad de aquella “recuperación”, el contrato sería parcialmente nulo, es decir, sería válido por el resto de los servicios y nulo en relación con la reiterada recuperación; en cambio, si la voluntad del consumidor fuera la de no querer el contrato ante la imposibilidad de ese servicio, el contrato sería totalmente nulo (arg. ex art. 1460 Cc). Dependerá, por tanto, de la voluntad del consumidor, que quedará determinada mediante una labor hermenéutica.

Siendo precisa la entrega del cadáver a la empresa para su vitrificación, su mantenimiento y su cuidado en el Centro hasta el término contractual, el acuerdo parecería ajustarse al tipo contractual depósito. En virtud de este contrato (art. 1758 Cc), una persona (depositario) recibe una cosa ajena (que debe ser un bien mueble) de otra (depositante o deponente) con la obligación de guardarla y restituirla al depositante, a sus causahabientes o a la persona designada al efecto en el propio contrato (art. 1766 Cc) cuando ésta la reclame o

¹⁶ Un supuesto de este tipo se planteó en el Reino Unido en el año 2016. Una niña británica de 14 años enferma de cáncer manifestó su deseo de ser criogenizada, contando con el apoyo de la madre y con la oposición del padre, los cuales estaban divorciados. La adolescente interpuso demanda ante el Tribunal Superior de Londres para que autorizara a su madre a llevar su cuerpo a una unidad especializada en criogénesis de Estados Unidos. El juez Peter Jackson dio la razón a la madre, dictaminando que era la competente para tomar la decisión final sobre el destino del cuerpo de su hija, si bien dejó claro que él decidió sobre la disputa de los progenitores y no sobre si la criogenización era o no correcta.

¹⁷ Sobre el particular se pronuncia con mucho acierto LLEDÓ YAÜE, F. en LLEDÓ YAGÜE, F. e INFANTES ESTEBAN, S.: *Aspectos...cit.*, p. 125 y LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMADEDA, O.: *La criogenización...cit.*, pp. 120 y ss., trabajos ambos pioneros en relación con los aspectos legales que plantea la criogénesis.

al transcurso de plazo previsto. En efecto, el contrato de criogénesis sería aquel en cuya virtud una empresa de criopreservación (depositario) recibiría un cadáver (bien mueble *sui generis*) de un tercero (depositante), que puede ser el propio sujeto cuyo cadáver va a ser criogenizado o un tercero, con la obligación de guardarlo y restituirlo transcurrido el plazo acordado a los herederos o a la persona designada al efecto (que puede ser la propia empresa o un tercero) para que le den destino final o, siendo posible la “recuperación biológica”, a la ciencia para que proceda a ella. El contrato de depósito es naturalmente unilateral, surgiendo obligaciones únicamente respecto del depositario. No obstante, es posible acordar una retribución para el depositario, en cuyo caso el pacto asumiría la naturaleza de contrato bilateral o sinalagmático (art. 1760 Cc). Es más que conocido que la criopreservación tiene un precio nada insignificante; 200000 euros más IVA es el que parece que Cecryon tiene pensado cobrar por su actividad si el servicio se paga al contado y por adelantado, forma de pago que será la única posible cuando se produzca un servicio de urgencia, si bien también permitirá que el cliente haga un pago inicial de 40000 euros y deje 160000 pignorados en el banco, dinero que se liberaría cuando se presente el parte de defunción y el acta de servicio como funeraria. Tratándose de menores de 65 años, también permitirá el acceso al servicio mediante una póliza de vida. En este sentido el acuerdo también se ajustaría al contrato de depósito. Asimismo, como sucede en el depósito, en el acuerdo de criopreservación la relación entre las partes sería *intuitu personae*; sólo la empresa podría cumplir con la custodia del cadáver, si bien podría servirse para ello de su personal auxiliar, y sólo podría delegarla en un tercero previo acuerdo con el depositante o cuando fuera necesario para su conservación y siempre que este tercero estuviera dotado de los medios precisos al efecto, es decir, siempre que se tratara de otra empresa de criogenización.

Sin embargo, pese a las referidas coincidencias con el contrato de depósito, hay un dato que lo separa de este tipo contractual, y es el carácter no esencial de la custodia. Al contrato de depósito resulta esencial la obligación de custodia del bien que se recibe por el depositario; la ulterior restitución del mismo es un deber cuyo cumplimiento extingue dicha situación¹⁸. La custodia, en cuanto fin específico de la obligación del depositario, es una forma particular de servicio o *facere* que consiste en ejecutar todas las actuaciones precisas para la guarda y la conservación de la cosa depositada con su final restitución. En la hipótesis del acuerdo de criogenización, la empresa se comprometería a un *facere* plural, consistente en prestar la atención precisa al cadáver al instante del fallecimiento del sujeto para mantener sus constantes y su respiración y oxigenado el cerebro, trasladarlo al centro de criopreservación, vitrificarlo, introducirlo en la criocápsula con nitrógeno líquido a menos 196°C, comprobar el grado de congelación de la ultraestructura del sistema nervioso central mediante tomografía axial computarizada tras finalizar el protocolo de vitrificación, mantener el cadáver en este estado durante el tiempo acordado, darle destino final o entregarlo a un tercero a tales efectos o bien entregarlo a la ciencia para que proceda a su “recuperación biológica” siendo ello posible y, en este último supuesto, facilitar su reintegración social. El cuidado del cadáver vitrificado precisa de la aplicación de una técnica especializada; exige una

¹⁸ Vide SSTs 13 de diciembre de 1916, 31 de enero de 1956, 25 de junio de 1959, 14 de junio de 1960, 10 de junio de 1983 y 4 de noviembre de 1997.

formación científica y técnica concreta y específica en el prestador de la actividad. Por lo tanto, aun cuando la obligación de custodia y conservación del cadáver es una de las obligaciones principales de la empresa, no es la única. Es conveniente distinguir entre el contrato de depósito propiamente dicho, cuya finalidad esencial única es la guarda y custodia del bien entregado, de otros contratos en los que, entre otras prestaciones, se encuentra la de custodia del bien objeto de los mismos, pero cuya finalidad y cuya naturaleza jurídica son diversas (piénsese, por ejemplo, en los contratos de transporte o de hospedaje) y cuyas consecuencias en orden al incumplimiento admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al depositario¹⁹. La obligación de custodia, en el caso del acuerdo de criogenización, no asume una relevancia causal y calificadora del contrato; presenta más bien una naturaleza funcional. Entre aquélla obligación y la prestación de los servicios mencionados en las líneas precedentes existe una relación de subordinación funcional; en efecto, es precisa la entrega del cadáver para poder prestar el resto de los servicios comprometidos. La custodia, en síntesis, no sería el fin esencial y principal del contrato de criogénesis ni, por lo tanto, la causa que lo motiva, y precisamente por ello, a nuestro modesto parecer, más que al contrato de depósito debería ajustarse al tipo contractual arrendamiento de servicios, contrato al que se ajustan las empresas funerarias, que también ofrecen un servicio intermedio entre el fallecimiento y el destino final.

El objeto del arrendamiento de servicios es el *facere* plural comprometido, para cuya prestación es requisito *sine qua non* la entrega o puesta a disposición del cadáver. Sólo disponiendo del cadáver podría la empresa proceder a su vitrificación, a su depósito en la criocápsula, a su mantenimiento a menos 196°C, a darle destino final (o entregarlo a un tercero a tales efectos) o a entregarlo a la ciencia para su recuperación siendo ello posible y, en este último caso, ayudarle en su reintegración social. Se trataría, por lo tanto, de un arrendamiento de servicios que precisaría del depósito del bien sobre el cuál van a prestarse aquéllos. Lo comprometido son los reiterados servicios, y no el resultado “recuperación biológica” (no podría serlo por tratarse de un servicio imposible), y por ello no estaríamos ante un arrendamiento de obra²⁰. El contrato de obra se define doctrinalmente como aquel por el que una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente o dueño), a cambio de un precio, a la ejecución de una obra, bien entendido que, a diferencia del arrendamiento de servicios, la prestación que incumbe al contratista no consiste pura y simplemente en la realización de un encargo con abstracción absoluta de la finalidad perseguida por los contratantes, sino que se trata de una obligación de resultado, a cuya consecución debe encaminarse la actividad creadora²¹. El objeto de este contrato es, por lo tanto, el resultado del trabajo, sin consideración al esfuerzo y labor que lo ha creado, a diferencia del arrendamiento de servicios, en el que se contrata la actividad en sí misma con independencia del resultado final²². El deudor de prestación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado; el deudor de prestación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución adecuada y

¹⁹ STS 10 de junio de 1987.

²⁰ Vide SSTs 6 de mayo de 2004 y 19 de enero de 2005.

²¹ SSTs 3 de noviembre de 1983 y 19 de enero de 2005 y SAP Barcelona de 18 de febrero de 2020.

²² STS 18 de noviembre de 2014 y de 9 de enero de 2006.

correcta. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento: el cumplimiento de la obligación de resultado requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado; en cambio, en la obligación de actividad la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado; lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado la no obtención de éste, que implica incumplimiento de la obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento²³.

En cuanto tal arrendamiento de servicios, el pacto de criogénesis sería esencialmente oneroso (art. 1544 Cc) y temporal (Cecryon tiene pensado ofrecer un contrato inicialmente por 100 años, aunque se compromete a ampliarlo si fuera preciso), no siendo posible el arrendamiento hecho por toda la vida (art. 1583 Cc). Si bien esta exigencia de limitación temporal se establece por el Código civil con relación a los servicios de criados y trabajadores asalariados, la doctrina y la jurisprudencia amplían su ámbito de aplicación a todo arrendamiento de servicios, incluidos los prestados en el ejercicio de profesiones liberales²⁴. El arrendamiento de servicios hecho por toda la vida (*certus an et incertus quando*) es nulo porque ello constituiría un atentado a la libertad individual²⁵. No obstante, es conveniente advertir que el arrendamiento concertado indefinidamente no significa que sea para toda la vida y, por lo tanto, tampoco significa que sea nulo; debe entenderse concertado “sin tiempo fijo”, estando en este sentido autorizado por el artículo 1583 Cc²⁶. Mas lo dicho no debe entenderse en el sentido de que hubiera que admitir la validez de un acuerdo de criogénesis por el tiempo que medie entre el fallecimiento del sujeto y su posible “recuperación biológica”, ya que ello supondría la celebración de un contrato en el que el arrendatario se comprometería a la prestación de un servicio de momento imposible, lo cual sería tanto como celebrarlo por toda la vida, o incluso peor, y eso daría lugar a su nulidad. Entre el arrendador y el arrendatario mediaría una relación *intuitu personae*. El arrendador contrataría los servicios del arrendatario precisamente en atención a sus cualidades específicas y él sería quien debería prestarlos personalmente o a través de auxiliares o colaboradores que actúen bajo su control y su supervisión, conforme a las reglas de su profesión, respondiendo de su impericia, que se asimilaría a la culpa, en función de la naturaleza de las obligaciones y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104.1 Cc)²⁷. Siendo la relación *intuitu personae*, la misma en principio se extinguiría por la muerte del arrendador y del arrendatario. No obstante, en el pacto de criogénesis la muerte de arrendador como causa de extinción no tendría sentido, ya sea éste el propio sujeto cuyo cadáver va a ser objeto de vitrificación o un tercero. En el primer caso, el contrato se celebraría precisamente en atención a la muerte del propio arrendador, de suerte que sería un absurdo admitir su extinción por tal causa; en el segundo, habiendo dejado cumplida su obligación el tercero arrendador (es

²³ STS 13 de abril de 1999 y SAP Madrid 5 de febrero de 2020.

²⁴ STS 5 de junio de 2009.

²⁵ STS 19 de enero de 2005.

²⁶ STS 14 de marzo de 1986.

²⁷ STS 26 de mayo de 1986.

decir, habiendo dejado pagado el precio o las instrucciones precisas al efecto), en nada afectaría su fallecimiento a la prestación de los servicios concertados por parte de la empresa, por lo tanto el contrato tampoco debería extinguirse. Por lo que se refiere a la posible “muerte” de la empresa arrendataria, debería preverse expresamente tal posibilidad en el contrato, indicado cuál sería en tal supuesto el destino del cadáver y la responsabilidad por daños.

Es importante advertir que este contrato quedaría incluido en el concepto de “contrato de servicios” definido por el artículo 59 bis número 1 apartado b del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), a cuyo tenor tiene tal consideración *“todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y este pague o se comprometa a pagar su precio”*. Y, dado que se trata de un contrato celebrado entre un empresario²⁸ (empresa de criopreservación) y un consumidor o usuario²⁹ (aquel que desea que su cadáver sea criogenizado o un tercero), le resultarán aplicables las disposiciones de la citada norma jurídica (arg. ex art. 2 TRLGDCU) y, en lo no dispuesto por ella, las del derecho común aplicable a los contratos; si al contrato se incorporan condiciones generales de la contratación, el mismo estará además sometido a lo establecido por la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 59 TRLGDCU).

El TRLGDCU reconoce a los consumidores y usuarios, como derecho básico, el derecho a recibir una información correcta sobre el servicio o los servicios que le serán prestados (art. 8 apartado d TRLGDCU), lo cual se traduce en el correlativo deber, por parte del empresario, de facilitar a aquéllos, tanto en la oferta como en la fase contractual, una información clara, veraz y suficiente de dichos servicios, de forma clara y comprensible, según las circunstancias del propio consumidor y usuario, debiendo indicar sus características esenciales y especificar las oportunas advertencias o riesgos (arts. 18 y 60 TRLGDCU). El empresario deberá presentar los servicios de forma que no se induzca al consumidor y usuario a error, por ejemplo atribuyendo a aquéllos efectos que no posean (art. 18.1 apartado b TRLGDCU). En este sentido, la empresa de criogenización en ningún caso podría, al menos a fecha de hoy, ofrecer la vitrificación de un cadáver y su preservación adjudicando a este servicio el efecto final de posibilitar la “recuperación biológica”, pues de momento la criopreservación no tiene dicho efecto. Debería por tanto informarse al consumidor y usuario de las características esenciales de los servicios que se van a prestar, de forma clara y comprensible, atendidas sus cualidades subjetivas; la atribución de cualquier efecto no posible o no reconocido a dicho servicio implicaría el incumplimiento del referido deber de información por parte de la empresa.

²⁸ De acuerdo con el art. 4 TRLGDCU *“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

²⁹ El artículo 3 TRLGDCU define a los consumidores o usuarios a sus efectos como *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”*

5. LA IMPORTANCIA DEL TESTAMENTO VITAL CUANDO EL SERVICIO SE CONTRATA POR EL PROPIO SUJETO CUYO CADÁVER VA A SER OBJETO DE VITRIFICACIÓN.

Cuando sea el propio interesado cuyo cadáver va a ser objeto de vitrificación el que celebre el contrato, sería aconsejable que el mismo redactara un testamento vital en el cual dejara constancia expresa de su voluntad de que, a su fallecimiento, su cadáver sea puesto en manos de la empresa correspondiente para que la misma proceda a prestar dicho servicio.

De poco serviría dejar reflejada tal voluntad en testamento, ya que de este documento notarial únicamente se entrega copia a los interesados en la sucesión una vez transcurridos 15 días a contar desde el fallecimiento del testador³⁰, de suerte que poco eficaz sería una cláusula testamentaria en tal sentido si, desconociendo la referida voluntad, los interesados en la sucesión hubieran dado ya destino final a su cadáver. Este plazo de 15 días, motivado por razones de seguridad jurídica, hace que el testamento no sea un instrumento idóneo para plasmar las directrices del testador sobre cómo ser tratado en caso de enfermedad o sobre el destino de su cadáver en caso de fallecimiento.

Ya ha quedado expuesta la posibilidad de que los representantes legales de los menores e incapacitados dejen instrucciones sobre tales aspectos respecto de éstos.

El testamento vital es un documento en el que el sujeto, además de decidir sobre los cuidados y los tratamientos médicos que desea recibir en la hipótesis de que sufra una enfermedad que le impida tomar esas decisiones, puede disponer acerca de la donación de sus órganos e incluso del destino de su propio cadáver. El artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define el testamento vital o documento de instrucciones previas como aquel documento en cuya virtud una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, para que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos. Se trata de un documento otorgado ante Notario o en documento privado firmado ante 3 testigos con los que el testador no tenga relación de parentesco, que queda recogido en el historial clínico de la sanidad pública y que facilita que los médicos puedan conocer y cumplir con las voluntades del paciente. Nada obsta a que en el testamento vital, de la misma forma que se permite indicar la voluntad de ser incinerado o enterrado, se deje constancia del deseo de ser criogenizado. Es aconsejable entregar una copia o un ejemplar del testamento vital en el Centro de Salud o al personal sanitario responsable de la asistencia del otorgante y a sus familiares. Este documento se inscribirá en el Registro Nacional de Instrucciones Previas (RNIP), que depende del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, y que vela por la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas y formalizadas en los Registros Autonómicos. La efectividad de

³⁰ Las últimas voluntades pueden solicitarse una vez transcurridos 15 días hábiles a partir de la defunción, sin contar el día del fallecimiento ni domingos y festivos.

este derecho del paciente exige que el documento de instrucciones previas pueda ser conocido por los profesionales de la salud que deban prestarle asistencia sanitaria en su momento, con independencia del lugar en que se haya otorgado o formalizado.

Las disposiciones incluidas en el testamento vital tendrán eficacia con absoluta independencia del lugar donde se produzca el fallecimiento del sujeto, ya sea en territorio nacional o en el extranjero, ya que de conformidad con la disposición contenida en el artículo 9.8 Cc la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante al tiempo de su fallecimiento; sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión. Por lo tanto, aun cuando con posterioridad al otorgamiento del testamento vital el testador hubiera cambiado de nacionalidad, sus instrucciones en orden a su criogenización seguirían siendo válidas.

CRÉDITO REVOLVING O ROTATIVO Y USURA

(2ª Parte)

REVOLVING OR REVOLVING CREDIT AND USURE (PART 2)

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 15 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2020

RESUMEN: El crédito *revolving* como producto crediticio supone la puesta a disposición del cliente de una línea de crédito hasta un límite pactado que se paga de forma aplazada, mediante unas cuotas periódicas fijadas en el contrato, que pueden consistir bien en un porcentaje de la deuda o en una cuota fija que el cliente puede elegir o variar dentro de unos mínimos fijados por la entidad. Estas cuotas que se abonan, pueden volver a formar parte del crédito disponible, renovándose de manera automática a su vencimiento mensual y, sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Unos altos intereses remuneratorios derivados, esencialmente, de los mayores riesgos que asumen las entidades crediticias o los establecimientos financieros que los ofertan, al ser fácil su acceso, carecer de garantías, apenas trámites para su concesión y una flexibilidad en su disponibilidad y modalidad de pago, por lo que, sobre tales bases, cabe plantear, si están sujetos a la Ley de Represión de la Usura, tal como ha entendido la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 y considerarlos nulos por usurarios, o, en su caso, sobre la base de una compatibilidad de la usura con la normativa de protección de consumidores, operar sobre la exigencia del doble control de transparencia. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar lo que representan tales créditos *revolving*; asimismo, la doctrina jurisprudencial fijada en la citada sentencia del Tribunal Supremo, que ha derivado en una importante litigiosidad y divergencia de planteamientos en el seno de nuestras Audiencias Provinciales; la aplicación a estos créditos de la normativa de consumidores y sus consecuencias; la importancia del deber de información precontractual y contractual concretado en un Proyecto de Orden de 2019 que, tiene como objetivo proteger al cliente de estos productos, facilitando un consentimiento informado, y, en fin, concretaremos, como entendemos, se va a sustanciar un futuro pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo atendiendo a la información estadística que publica el Banco de España.

ABSTRACT: Revolving credit as a credit product involves making available to the customer up to an agreed limit which is paid on deferred form, by means of periodic dues fixed in the contract which may consist either of a percentage of the debt or a fixed dues which the client may choose within a fixed minimum by the entity. Has high interest rates, essentially due to the higher risks taken by credit institutions or financial institutions offering them, as they are easily accessible without collateral, hardly any formalities for its concession or a flexibility in its availability and mode of payment, so, on such bases, can be raised, if they are subject to the law of repression of usury as understood by the judgment of the plenary of the civil court of 25 novembre 2015 and considered as null and as usurious, or, where applicable, on the basis of a compatibility of usury with the regulations consumer protection, operate on the requirement of double transparency control. In the context, the present study will focus on the analysis of what such claims represent, also revolving the case law doctrine set out in the mentioned Supreme Court judgment, which has led to an important litigation and divergence law and its consequences; the importance of the precontractual and contractual reporting duty specified in the Draft Order of 2019, which is intended to protect the customer of these products, providing informed consent, and finally, we will specify how we understand a future pronouncement of our Supreme Court will be substantiated bases on the statistical information published by the Bank of Spain.

PALABRAS CLAVE: usura, crédito revolving, crédito al consumo, tarjeta de crédito, interés remuneratorio, interés de demora, TAE, control de transparencia, consumidores y usuarios, préstamo.

KEYWORDS: usury, revolving credit, consumer credit, credit cards, interest remuneration, interest of delay, APR, transparency control, consumers and users, lending.

SUMARIO: VII. LA COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA Y LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. VIII. PROYECTO DE ORDEN 2019 DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE, DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS BANCARIOS, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE CRÉDITOS DE DURACIÓN INDEFINIDA ASOCIADOS A INSTRUMENTOS DE PAGO. 1 Información precontractual, contratación y consecuencias de su incumplimiento en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. 2. Contenido del Proyecto de Orden 2019 de modificación de la Orden EHA/2899/2011. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

VII. LA COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA Y LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La normativa de protección de los consumidores constituida principalmente por el TRLGDCU se ha planteado su posible conflicto con la Ley de la Usura, hasta el punto que, se llegó a entender que, aquella la había derogado. Ciertamente, el TRLGDCU es aplicable solo a los contratos en que una de las partes tenga la consideración de consumidor o usuario. Por lo que, en los contratos de préstamo o equivalente en que el prestatario sea empresario o profesional, al no ser aplicable aquella norma, es obvio que se puede aplicar la LU y no habrá conflicto alguno. Por otra parte, la citada LU solo es aplicable a los contratos de préstamo o equivalentes o, en general a los contratos de financiación. Por ello, todos los contratos que no sean de este tipo, será aplicable el TRLGDCU. Por lo que, el posible “conflicto” entre ambas normas se dará únicamente respecto de los contratos de préstamo o equivalentes en que el prestatario sea un consumidor y el prestamista un empresario o profesional, esto es, las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes. En la compatibilidad de la Ley de Represión de la Usura y la legislación protectora de consumidores es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012¹ que, analiza,

¹ RJ 2012/8857. Dispone en su *Fundamento de Derecho segundo* que: “(...) el juego concurrencial de la Ley de Represión de la Usura con la normativa sobre protección de consumidores, principalmente referida a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya en su versión original de 19 de julio de 1984, o actual en su Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998, no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material: se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciados. En parecidos términos, aunque cada normativa en su contexto, también hay que señalar que, la aplicación de estos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios o a su protección respecto de la libertad de pacto de tipos de interés ya que en su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia. En esta línea, la Ley de Represión de la Usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, “*pacta sunt servanda*”. De esta forma, el artículo 1293, el Código subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de Partidas que, admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial. De ahí, entre otros extremos, su referencia expresa al “contrato”, no considerando como tal la partición de la herencia cuya rescisión por lesión quedó permitida en el seno del artículo 1074 del Código. La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos. De este modo, el control que, se establece a través de la Ley de Represión de la Usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues, dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, particulariza como sanción a un abuso inhumano, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos. (...) Como consecuencia de la gravedad y extensión del control, proyectado, la Ley de usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (artículos 1 y 3). (...) En este sentido, aunque la Ley de usura importa o interesa al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante su sanción queda concretada o particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, que podemos considerar anómalas y que se definen restrictivamente como contratos usurario o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad. Por el contrario, la normativa de consumo y particularmente, la de la contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar al ámbito contractual, y con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”. Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva 93, artículo 4.2 que, los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante puede ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia. Sentada la anterior conceptualización (...), en este sentido y, aunque la noción de usura se refiera etimológicamente al plano de los intereses, el control se proyecta sobre la relación negocial considerada en su unidad contractual, de forma que, sobre la noción de lesión o perjuicio de una de las partes, el control se proyecta de un modo objetivo u objetivable a través de las notas del “interés notablemente superior al normal del dinero” y de carácter “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” para extenderse, a continuación, al plano subjetivo de valoración

precisamente, la concurrencia de la normativa sobre la usura y sobre la protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, sentando desde el principio que, el juego concurrencial de ambas, no plantea cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, pues, se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables. En todo caso, la calificación de los intereses como usuarios no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal sino que, hay que tener en cuenta tanto lo establecido por la legislación vigente en el momento de concederse el préstamo, y la práctica y los usos mercantiles, como las circunstancias en que se desenvuelve el mercado monetario ². De forma que, los intereses remuneratorios, si son excesivos, pueden declararse usurarios.

Respecto a su carácter abusivo, procede señalar que, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013³,

de validez del consentimiento prestado concretado alternativamente a la situación angustiosa del prestatario, a su inexperiencia o a la limitación de sus facultades mentales”.

² En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872) señala al respecto que, de forma sintética interesa destacar las siguientes diferentes técnicas en torno a su respectiva aplicación “A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, especialmente respecto de la consideración de la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por el contrario, el control de contenido, como protección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta; B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículo 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación; y C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumple o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada, de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como “un auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación con un régimen y presupuesto causal también propio y específico”; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 3ª, 28 diciembre 2009 (JUR 2010/107905).

³ RJ 2013/3088.

8 de septiembre de 2014⁴, 24 de marzo⁵, 25 de marzo⁶ y 29 de abril de 2015⁷ han tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”). Se indica que las cláusulas suelo forma parte inescindible del precio que debía pagar el prestatario, esto es, definen el objeto principal del contrato por lo que están exentas del control de contenido que podía llevarse a cabo con el fin de determinar el posible carácter abusivo de la cláusula, es decir, no se extiende al justo equilibrio de las prestaciones; de tal forma que, no cabe un control sobre el precio. Si podrían estar sometidos al control de transparencia, superado así el inicial control de inclusión previsto en el artículo 7 de la LCGC.

Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009⁸, de 17 de junio y 1 de julio de 2010⁹, de 25 de noviembre de 2011¹⁰ y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012¹¹, de 15, 17 y 18 de enero de 2013 y 30 de junio de 2014¹². El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores establece que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. Sobre dicho precepto, la sentencia de 9 de mayo de 2014, con la referencia a la anterior sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo

⁴ RJ 2014/4660. En orden a la caracterización y alcance del control de transparencia señala que “en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y por extensión, en el desarrollo del control de inclusión (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículo 5.5 y 7 b) de la LCGC y artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar primordialmente, que la cláusula contractual predisputa refiera directamente la comprensibilidad real que, no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predisputa; de forma que, el consumidor y usuarios conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que, realmente asume en los aspectos básicos que se derivan del objeto y ejecución del contrato”; y añade “(...) conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisputa a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que, principalmente, se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”.

⁵ RJ 2015/845.

⁶ RJ 2015/735.

⁷ RJ 2015/2042.

⁸ RJ 2010/703.

⁹ RJ 2010/5407; y RJ 2010/6554.

¹⁰ RJ 2012/576.

¹¹ RJ 2012/8857.

¹² RJ 2013/2276; RJ 2013/1819; y RJ 2013/1604.

Civil, sección 1ª, de 18 de junio de 2012¹³ considera que el control de contenido que, puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusulas no se extiende al equilibrio de las “contraprestaciones” que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013 declara y la sentencia de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013 caso Matei) ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en los referencia a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control¹⁴. Pero se añade en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, una condición general define el objeto principal de un contrato y que, como revela, no puede examinarse la abusividad de su contenido, no supone que, el sistema no las someta al doble control de transparencia. Precisamente, en la citada sentencia de 24 de marzo de 2015 se señala que, este doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación que, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, “conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 2012, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. Por ello,

¹³ RJ 2012/8857. No cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues. Este es un elemento esencial del contrato de préstamo y está excluido por tanto del control de abusividad.

¹⁴ FCO. J. PERTINEZ VILCHEZ, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret número 3, julio 2013*, p. 9 señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 42.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y, c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 101-102; V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-144/19). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: “En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: “44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”. Doctrina reiterada por el TJUE en sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 caso Matei, párrafo 75; de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 caso Van Hove, párrafo 47; y, de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo.

continúa manifestando la citada resolución que “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que, la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” –se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015-¹⁵. Por tanto que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución por una parte y, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC)¹⁶. Supone, además que, no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”. De forma que, los elementos esenciales –y por ende las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusulas suelo) o de tipos de interés remuneratorios (habida cuenta que éstos forman parte del precio)- son susceptibles de ser sometidas a un control de transparencia, control, tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un primer control de incorporación que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula; y, un segundo control de transparencia reforzado, dirigido garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre las distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran o no la cláusula en cuestión. Este segundo control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, supone que el adherente conoce o puede conocer con sencillez tanto la carga económica que supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica y al tratarse de un parámetro abstracto se sitúa fuera del

¹⁵ RJ 2015/735; RJ 2015/5881.

¹⁶ El artículo 5.5 de la LCGC en relación con los requisitos de incorporación señala que “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Y el artículo 7, en cuanto a la no incorporación, precisa que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; y b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

La sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013 respecto de la transparencia a efectos de incorporación al contrato confirma que “en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales, como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”.

ámbito de la interpretación general del Código Civil del denominado “error vicio”¹⁷.

En consecuencia, por aplicación de la referida jurisprudencia, los intereses remuneratorios están al margen de un control del contenido y sometidos al doble control de transparencia, cuando, como en el supuesto objeto de estudio, están incluidos en un contrato celebrado con consumidores, que, va más allá del control de inclusión a que se refiere el artículo 7 de la LCGC y que supone que el adherente conoce o puede conocer la carga económica y jurídica que deriva para él del contrato en cuestión. Por lo que, en este marco, debemos analizar si la cláusula relativa a los intereses remuneratorios en el crédito *revolving* ha cumplido con ese doble control de transparencia; y de no ser así considerar tal cláusula abusiva y nula conforme a la normativa de protección de consumidores¹⁸.

¹⁷ Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5063); de 10 de abril de 2018 (RJ 2018/1733); de 11 de abril de 2018 (RJ 2018/1730); de 13 de junio de 2018 (RJ 2018/2433) plus de información; de 20 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4265); de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5116); de 4 de marzo de 2019 (RJ 2019/624); de 9 de octubre de 2019 (RJ 2019/3849); y, de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019/3858).

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5148) se ha cumplido con el deber de información precontractual del préstamo hipotecario y el cliente ha podido perfectamente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar; asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 29 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5201) se ha acreditado que el demandante antes de concertar el contrato conocía la existencia de la cláusula suelo y de todas sus implicaciones en la vida del contrato; y, en fin, en la sentencia de este mismo Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2019 (RJ 2019/1893) que, asimismo, no considera abusiva la cláusula suelo, pues la información suficiente suministrada, le ha permitido al cliente tener una comprensión efectiva de la existencia de tal cláusula y de sus consecuencias.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (RJ 2018/2414); y, de 12 de junio de 2018 (RJ 2018/2448) precisan que no cabe confundir el control de transparencia con el control de incorporación. En esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 20 de enero de 2020 (Roj: STS 98/2020; Id Cendoj: 28079110012020100032) en su *Fundamento de Derecho tercero* dispone al respecto que: “3. En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta Sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero se aplica, en primer lugar, el filtro negatorio del artículo 7 de la LCGC y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva que, es la prevista en los artículos 5.5 y 7 de la misma ley, la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que, no quedarán incorporadas al contrato, las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El primero de los filtros, el del artículo 7 consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de celebración. La sentencia 241/2013, de 9 de mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predispone acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, para este último tendrá más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión. El segundo filtro del control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 de la LCGC hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. en suma, para superar el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla que permita la comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato” (...) 5. Como ha afirmado reiteradamente esta Sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. (...) Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en controles en que el adherente sea un consumidor pueda agravarse la carga económica que, el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertido, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”.

¹⁸ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial Las Palmas, sección 5ª, de 12 de junio de 2019 (AC 2019/1395) señala que, los intereses remuneratorios, como elemento esencial del contrato, quedan excluidos del control de contenido, pero si pueden ser objeto por la vía de inclusión y de transparencia.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, de 26 de junio de 2019 (JUR 2019/237141) manifiesta que, al no resultar transparentes las cláusulas contractuales relativas al interés remuneratorio y a las comisiones, las mismas se consideran no incorporadas o nulas conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7ª, de 17 de septiembre de 2018 (JUR 2018/260153) declara nula la cláusula de interés remuneratorio por falta de transparencia, al no comprender la carga económica de tal cláusula; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 19 de julio de 2019 (JUR 2019/249926) declara nula la cláusula de interés remuneratorio por no superar el control de transparencia.

Resulta, por tanto, compatible y coexisten en un mismo nivel aplicativo la normativa de la usura y la normativa relativa a la protección de consumidores¹⁹; frente a quienes entienden que se puede optar por la más favorable a los intereses del consumidor²⁰, u otorgan preferencia a la usura ante situaciones de abuso²¹.

Sobre tales bases, mientras que, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LU)²², la abusividad no determina, necesariamente, la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (artículo 83 del TRLGDCU)²³. En todo caso, respecto de la cláusula suelo, el efecto de la nulidad por falta de transparencia es que la misma se tenga por no puesta y por lo tanto no produzca efecto, sin impedir que el consumidor en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hace, fruto de la negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto²⁴. Y en cuanto a los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente percibidas que, a su vez, devengan el interés legal, por aplicación de la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo y de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, en sentencia del Pleno de 24 de febrero de 2017²⁵, se retrotraen a la fecha de celebración del contrato en aplicación del artículo 1303 del Código Civil²⁶.

De todas formas, conviene precisar y reiterar que, si se ha pactado un interés de demora y fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor, puede ser objeto de control de contenido y

¹⁹ En esta línea, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, *op. cit.*, p. 7.

²⁰ M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, *op. cit.*, pp. 634-635.

²¹ M^a. N. TUR FAÚNDEZ, “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura: cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de octubre de 1994)”, *Revista General del Derecho*, número 608, 1995, pp. 4884-4885.

²² El artículo 3 de la LU señala las consecuencias de la nulidad contractual que, no son otras que la devolución de la suma recibida por parte del prestatario, si bien “*si éste hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado*”. Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6^a, de 27 de octubre de 2016 (JUR 2016/245819); de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1^a, de 17 de enero de 2017 (JUR 2017/29456) que, además precisa que, la nulidad del contrato tiene carácter de radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5^a, de 2 de junio de 2017 (JUR 2017/182788); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5^a, de 28 de diciembre de 2017 (JUR 2018/128847) nulidad y devolución de cantidades condenando a la actora Banco Popular –E, S.A., la suma de 7.527,4 euros con los intereses legales de la misma; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3^a, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018/201167) devolución de la suma recibida; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4^a, de 3 de junio de 2019 (JUR 2019/253519); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6^a, de 1 de julio de 2019 (JUR 2019/272164) devolución de la cantidad de la que se dispuso como capital prestado.

²³ En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467); y de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609); y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11^a, de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriedad.

²⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2018 (RJ 2018/3839); y, 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5120).

²⁵ RJ 2017/602.

²⁶ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2017 (RJ 2017/1559); de 7 de junio de 2017 (RJ 2017/2806); de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5632); de 18 de julio de 2018 (RJ 2018/3139); de 10 de octubre de 2018 (RJ 2018/4445); de 25 de junio de 2019 (RJ 2019/2619); de 18 de julio de 2019 (RJ 2019/3267); de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019/3943); y, de 20 de enero de 2020 (Roj: 30/2020; Id Cendoj: 28079110012020100018).

declarado abusivo, si supone una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que, no cumple con su obligación de pago²⁷.

Asimismo, como hemos señalado y reiteramos, la normativa sobre cláusulas abusivas en contrato concertado con consumidores no permite el control del carácter “abusivo” del tipo de interés remuneratorio –control del contenido– en tanto que, la cláusula que se refiere a este interés, constituye un elemento esencial del contrato al referirse al precio del servicio, siempre que cumpla el control de transferencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar que, la prestación del consentimiento se haya realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la contratación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que haya podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir de entre ellas, la que le resulte más favorable. A tales extremos se refería la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, sin entrar a considerar, si el tipo de interés remuneratorio –del 24,6%– cumplía con el requisito de transparencia; o, si el interés de demora –el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales– pudiera ser declarado abusivo.

Ahora bien, aunque los intereses remuneratorios pueden ser objeto de doble control de transparencia en la línea expuesta, ello no impide que puedan ser considerados usurarios conforme la LU. En todo caso, el TRLGDCU será de aplicación en aquellos casos en que el carácter abusivo se produzca en aspectos distintos a la propia cuantía excesiva de los intereses, o en la imposición de indemnizaciones o intereses moratorios desproporcionadamente altos o el redondeo de los tipos de interés únicamente al alza, así como la imposición de garantías desproporcionadas con el riesgo existente²⁸.

Por otra parte, como ha dicho la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2018²⁹ la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. Es la que permite, lo que nosotros consideramos, la formación de un consentimiento informado. A este deber de información precontractual se refiere el Proyecto de Orden de cuyo contenido y las consecuencias que se derivan del incumplimiento de tal deber de información precontractual, nos vamos a

²⁷ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 14 de marzo de 2019 (AC 2019/745); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, de 29 de marzo de 2019 (JUR 2019/191944); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 22 de abril de 2019 (JUR 2019/174077); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5ª, de 10 de julio de 2019 (JUR 2019/247509).

²⁸ Frente a quienes como G. GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, *op. cit.*, p. 216 y V. MÚRTULA LAFUENTE, “La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 21 que defienden la posibilidad que tiene el consumidor de optar por la vía de la usura o bien por el Texto Refundido de Defensa de los Consumidores en función de lo que en cada caso le resulte más favorable; sin embargo, Mª. N. TUR FAUNDEZ, “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto. Comentario a la sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994”, *op. cit.*, p. 4886 se manifiesta en contra de tal facultad de elección y, además señala que, cuando sea posible la aplicación de una normativa protectora de consumidores, no ha de aplicarse la Ley de la Usura, que regirá exclusivamente en el supuesto en que no intervengan consumidores.

²⁹ RJ 2018/1892. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de diciembre de 2019 (RJ 2019/5206).

referir en otro apartado de este estudio. En todo caso, aunque resulta importante reseñar el papel del notario, su intervención y, por ende la prestación del consentimiento contractual por el prestatario, no son suficientes para que la cláusula supere el control de transparencia³⁰.

VIII. PROYECTO DE ORDEN 2019 DE MODIFICACIÓN DE LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE, DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DEL CLIENTE DE SERVICIOS BANCARIOS, PARA EL ESTABLECIMIENTO DE OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN SOBRE CRÉDITOS DE DURACIÓN INDEFINIDA ASOCIADOS A INSTRUMENTOS DE PAGO.

Por su remisión de este Proyecto de Orden a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, procede de forma somera referirnos, a la regulación que en la misma se contiene relativa a la información precontractual y prácticas previas a la contratación.

1. Información precontractual, contratación y consecuencias de su incumplimiento en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.

Con la finalidad de mejorar la información de los consumidores, la citada Ley incide en las actuaciones previas a la contratación del crédito. En concreto, regula de forma detallada la información básica que ha de figurar en la publicidad y en las comunicaciones comerciales y en los anuncios de ofertas que se exhiban en los locales comerciales en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito. Asimismo, se establece una lista de características del crédito sobre las que el prestamista y, en su caso, el intermediario del crédito, ha de informar al consumidor antes de asumir éste cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, información precontractual que deberá ser facilitada en impreso normalizado. Además, obliga a los prestamistas y, en su caso, a los intermediarios, a asistir al consumidor en la decisión sobre el contrato de crédito que, entre los productos propuestos, mejor responda a sus necesidades y situación financiera. Esta asistencia se concreta en la obligación de explicar al consumidor de forma personalizada las características de los productos propuestos, así como la información precontractual correspondiente y advertirle de los riesgos que se pueden derivar del impago o de un endeudamiento excesivo, a fin de que éste pueda comprender la carga real del contrato de crédito en su situación económica. Así la mencionada normativa recoge en su Capítulo II “La información y actuaciones previas a la celebración del contrato”, regulando, por un lado, la publicidad –condiciones que se recogerán de forma clara, concisa y destacada mediante un ejemplo representativo (artículo 9)-; el contenido de la información precontractual y la obligación de entrega de la misma por el

³⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (RJ 2018/2410).

prestamista que, deberá hacerse en papel o en cualquier soporte duradero, y se facilitará mediante un formulario estandarizado denominado Información normalizada europea sobre el crédito al consumo que figura en el Anexo II de esta Ley (“INE”), especificando que dicho documento deberá facilitarse con al consumidor “con la suficiente antelación” (artículo 10); por otro, la obligación de facilitar, ante la solicitud del cliente la oferta vinculante –que deberá mantenerse durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde la entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él (artículo 8)-; y, en fin, el deber de los prestamistas y, en su caso, de los intermediarios de prestar asistencia al consumidor con carácter previo a la formalización del contrato (artículo 11), facilitándole explicaciones adecuadas de forma individualizada sobre el producto, para que el consumidor pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades; las características esenciales de los productos propuestos; y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias del impago por parte del mismo.

En todo caso, con respecto a determinados tipo de contratos de crédito, en concreto, los previstos en el párrafo segundo del apartado 1 y en el apartado 4 del artículo 4 de esta Ley –contratos en los que el crédito se conceda en forma de descubierto y deba reembolsarse previa petición o en el plazo máximo de tres meses; y los contratos de crédito en los que se prevea que el prestamista y el consumidor puedan establecer acuerdos relativos al pago aplazado o los métodos de reembolso cuando el consumidor ya se encuentre en situación de falta de pago del contrato de crédito inicial, siempre que tales acuerdos puedan evitar la posibilidad de actuaciones judiciales en caso de impago y el consumidor no se vea sometido a condiciones menos favorables que las establecidas en el contrato de crédito inicial-, dispone el artículo 12 que el prestamista y, cuando proceda el intermediario del crédito deberán facilitar de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes que éste asuma cualquier obligación en virtud del contrato de crédito, la información que sea precisa para comparar diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito.

En este contexto, cabe destacar que, la carga de la prueba del cumplimiento de estas obligaciones precontractuales de información corresponde al prestamista.

Ahora bien, en el Capítulo IV se regula la “Información y derechos en relación con los contratos de crédito” y se establece que, los contratos de crédito para consumo se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactará con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado y entre las menciones preceptivas que debe contener son entre otras: el tipo de crédito, los contratantes; la duración del contrato; el importe total del crédito y las condiciones de disposición; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación; la TAE; el importe, el número y periodicidad de los pagos que deberá realizar el consumidor; en caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija, el derecho del consumidor

a recibir gratuitamente un extracto de cuenta, en forma de cuadro de amortización, previa solicitud y en cualquier momento a lo largo de la duración del contrato de crédito; si deben pagarse recargos e intereses sin amortización de capital, una relación de los periodos y las condiciones de pago de los intereses deudores y de los gastos conexos recurrentes y no recurrentes; además, deberá contener, cuando proceda, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas vinculadas al crédito, salvo que su apertura sea opcional, así como los gastos relativos a la utilización de un medio de pago asociado a ellas; el tipo de interés de demora; las consecuencias en caso de impago; cuando proceda, una declaración que establezca el abono de gastos de notaría; las garantías y los seguros a que se condicione la concesión del crédito; el derecho de desistimiento; la información sobre los derechos derivados de los contratos de crédito vinculados; el reembolso anticipado; el procedimiento aplicable, así como en su caso información sobre el derecho del prestamista a una compensación y sobre la manera en que se determinará esa compensación; el procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito; la existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor y, en caso de que existan, la forma en que el consumidor puede acceder a ello; las demás condiciones del contrato, cuando procesa; y, en su caso, nombre y dirección de la autoridad de supervisión competente. Además, todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito (artículo 16).

Sobre tales bases, se prevé en el artículo 7.2 unas consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12 de esta Ley que darán lugar a la anulabilidad del contrato. No obstante, para mantener la eficacia del contrato, remitía al Real Decreto 1/2007 con el objeto de integrar el contrato. Si bien, la redacción actual del artículo 83 del citado Real Decreto -como si lo hacía en su redacción original- ya no dispone que el juez que declare la nulidad integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato. Tras la modificación del citado precepto primero por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y luego por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se establece que, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas -por lo que no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación-. Si bien, a estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatoria para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas -nulidad parcial-; y, con respecto a las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

En cuanto a las omisiones o defectos en el clausulado, el artículo 21 regula la penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias. Así se establece que: 1. El incumplimiento de la forma escrita a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 dará lugar a la anulabilidad del

contrato; 2. En el supuesto que el documento del contrato no contenga la mención a la tasa anual equivalente a la que se refiere la letra g) del apartado 2 del artículo 16, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos. Por lo que, el contenido del contrato se modifica parcialmente con una medida dispositiva que resulta beneficiosa para el consumidor; 3. En el supuesto que el documento del contrato no contenga la mención a que se refiere la letra h) del apartado 2 del artículo 16 –el importe, número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso- y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Se anula parcialmente el contenido contractual, eliminando el pago de los intereses, manteniéndose, no obstante, la obligación de devolución del principal en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato; 4. En el caso que los datos exigidos en el apartado 2 del artículo 16 y en el artículo 17 figuren en el documento contractual pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en los números 2 y 3 anteriores.

Tal como hemos expuesto, en los diferentes supuestos de incumplimiento, hemos de señalar que, no se procede a la integración del contrato, sino que se anula en la parte contractual respecto de la que no se ha informado. En el caso de la omisión de la TAE, la obligación del consumidor se limita a abonar el interés legal en los plazos convenidos; si la omisión alcanza al capital, intereses, salvo error o inexactitud, la obligación del consumidor se concreta en el nominal del crédito; y, cuando se trata de omisión e inexactitud de los plazos, se podrá pagar el importe total –capital más intereses- a la finalización del contrato. En fin, la omisión de otra información de cualquier otro elemento que, forme parte del coste total del crédito, también procederá su nulidad parcial; y, respecto a los datos del apartado 2 del artículo 16 y artículo 17 que sean inexactos se modularán en beneficio del consumidor cualquiera de las medidas previstas para los otros datos cuya información se haya omitido o sea inexacta.

Ahora bien, el artículo 5 prevé el carácter imperativo de las normas contenidas en esta Ley, por lo que la renuncia de los consumidores a los derechos reconocidos en la misma y los actos contrarios a ésta son nulos de pleno derecho, al igual que los actos realizados en fraude de ley conforme prevé el artículo 6 del Código Civil.

En cuanto al régimen sancionador, el incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones impuestas por esta Ley se sanciona conforme a lo establecido en la normativa sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. El incumplimiento por las demás personas físicas y jurídicas constituye infracción en materia de consumo, aplicando lo dispuesto en el

régimen sancionador general de protección de los consumidores y usuarios, previsto en el Título IV del Libro primero del TRLGDCU (artículo 34)³¹. Si bien, el régimen sancionador tiene por finalidad garantizar la aplicación de toda la ley, con el fin de promover unas prácticas responsables en la fase previa al contrato se incide con especial énfasis en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la información precontractual prevista en el artículo 10 y de evaluación de la solvencia del consumidor contenida en el artículo 14. Se consideran como infracciones graves, pudiendo ser, en su caso, consideradas como infracciones muy graves atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado TRLGDCU.

2. Contenido del Proyecto de Orden 2019 de modificación de la Orden EHA/2899/2011.

Esta Orden se dicta en virtud de la habilitación a la persona del titular del Ministerio de Economía y Empresa para el desarrollo normativo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En particular, su apartado 2.a) incluye la adecuada atención que, las entidades han de prestar a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que, adquieran al recibir un préstamo, así como el establecimiento de las condiciones básicas de los servicios o productos bancarios, en su apartado 1.b), o la información precontractual a suministrar a los clientes en sus apartado 1.a).

Pues, bien, el objetivo de esta Orden es doble: por un lado, contribuye a reducir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y aumento de la carga final de la deuda más allá de las expectativas razonables de la persona física que contrata este producto; y, por otro, trata de reforzar la información que el prestatario recibe de la entidad, tanto en el momento de la contratación, como durante la vigencia del contrato; lo que permitirá a la persona física prestataria contar con un conocimiento claro y específico del contenido y efectos asociados al servicio que va a contratar, así como conocer con precisión la deuda que mantiene periódicamente con la entidad.

En cuanto a su ámbito de aplicación objetivo alcanza no solo a las tarjetas *revolving*, sino a todos los instrumentos de pago, entendidos tanto como dispositivos como procedimiento en los términos que se definen en el Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera y que estén asociados a un crédito *revolving*. El artículo 3.23 del citado Real Decreto-Ley define instrumento de pago como “cualquier dispositivo personalizado o conjunto de procedimientos acordados entre el usuario de servicios de pago y el proveedor de servicios de

³¹ M^a. de L. FERRANDO VILLALBA, “El crédito al consumo”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 333 entiende acertadamente que, además de la sanción a las entidades prestamistas por incumplimiento de las disposiciones de la LCCC como infracción administrativa en materia de consumo, se debería operar como en otros ordenamientos, así el francés que “opta por el establecimiento de una penalización tasada por el legislador a cargo del prestamista incumplidor, en concreto, la privación del derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción que el juez determine”.

pago y utilizados para iniciar una orden de pago”³². Ciertamente, en este Proyecto de Orden se considera al crédito *revolving* como un instrumento de pago en cuanto puede estar asociado a una tarjeta de crédito; todo ello, sin perjuicio de su naturaleza de producto crediticio atípico y autónomo –contrato de crédito *revolving*.

Por otra parte, esta Orden aborda dos tipos de medidas para la mejora de la protección del prestatario: en primer lugar, se establecen orientaciones para las entidades en el ámbito de evaluación, de manera que se asegure una estimación más prudente que, garantice la suficiente capacidad de pago del cliente, y evite el sobreendeudamiento, modificando el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, incorporando una previsión; y, en segundo lugar, se potencia el suministro de información al prestatario, a través de la inserción de un nuevo capítulo III bis dedicado a esta finalidad con el Título “Normas relativas a los créditos de duración indefinida asociados a instrumentos de pago”. Se establece en el artículo 33 bis precisamente que este capítulo es de aplicación al crédito de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática concedido a personas físicas y asociado a instrumentos de pago sin perjuicio de lo previsto en el artículo 33 de la citada Orden EHA/2899/2011.

En cuanto a la evaluación de la solvencia en el préstamo responsable que, tiene lugar en un momento previo a la suscripción del contrato de instrumento de pago, se modifica el artículo 18 de la mencionada Orden EHA/2899/2011 así: 1. En el apartado 1 en lugar de entidades de crédito ahora se habla de entidades; 2. En el apartado 2 letra a) número 2 se dispone ahora que además de consultar el historial crediticio del cliente para lo cual se podrá acudir a la Central de Información de Riesgos del Banco de España –como antes-, también se consultará los sistemas de información crediticia a los que se refiere el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en la citada Ley Orgánica y la normativa de desarrollo; 3. Se modifica el número 3 letra c) al final del texto en lugar de poner “teniendo en cuenta la información a la que se refiere la letra anterior”, ahora lo recogido en las letras a) y b) anteriores³³; 4. Se añade al número 3 la

³² El artículo 1.1 establece como objeto de este Real Decreto-Ley “la regulación de los servicios de pago, relacionados en el apartado 2, que se presten con carácter profesional en territorio español, incluyendo la forma de prestación de dichos servicios, el régimen jurídico de las entidades de pago, el régimen de transparencia e información aplicable a los servicios de pago, así como los derechos y obligaciones respectivas tanto de los usuarios de los servicios de pago como de los proveedores de los mismos”. Y el número 2 del citado artículo 1 señala que los servicios de pago que regula este Real Decreto-Ley son: “c) La ejecución de operaciones de pago, incluida la transferencia de fondos, a través de una cuenta de pago en el proveedor de servicios de pago del usuario u otro proveedor de servicios de pago: 1. Ejecución de adeudos domiciliados, incluidos los adeudos domiciliados no recurrentes; 2. Ejecución de operaciones de pago mediante tarjeta de pago o dispositivo similar; 3. Ejecución de transferencias, incluidas las órdenes permanentes”.

³³ El artículo 18.3 c) establece que “En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo

letra e) con el siguiente contenido: “en el caso de créditos a los que se refiere el artículo 33 bis .1 se valorará, en particular, si el cliente dispone de capacidad económica suficiente para satisfacer sus obligaciones a lo largo de la vida de la operación son incurrir en sobreendeudamiento. A tal fin, el importe anual de las cuotas a pagar por el crédito al que se refiere el artículo 33 bis.1 tendrá por objetivo amortizar una cuantía mínima anual del entorno del 25% del límite del crédito disponible y el importe máximo anual de las cuotas a pagar por el endeudamiento total del cliente tomará como referencia el 40% de los ingresos netos anuales del cliente. Dichas cuotas serán las calculadas en doce plazos mensuales iguales con arreglo al sistema de amortización de cuota constante. Para ampliar el límite del crédito referido en el artículo 33 bis.1, deberá actualizar previamente la información financiera que disponga sobre el cliente y evaluar nuevamente su solvencia con arreglo a lo previsto en este apartado”.

Con respecto al suministro de información al prestatario contenida en el citado Capítulo III, el nuevo artículo 33 ter referido a la información precontractual dispone que, cuando el contrato prevea la posibilidad de obtener crédito señalado en el artículo 33 bis.1 “adicionalmente a la obligación de suministrar al cliente la información normalizada europea con el contenido, formato y en los términos previstos en la LCCC, la entidad facilitará al prestatario en documento separado que podrá adjuntarse a dicha información normalizada un ejemplo representativo de crédito con dos alternativas de financiación determinadas en función de la cuota mínima que pueda establecerse para el reembolso del crédito con arreglo al contrato. Esta información se proporcionará al cliente con la debida antelación a la suscripción del contrato”. Y añade que “entre el momento de recepción de la información previa y la firma del contrato, la entidad proporcionará al consumidor la asistencia señalada en el artículo 11 de la LCCC”. El objetivo es asegurar a través de una adecuada evaluación de la solvencia que, cuente en todo momento con un periodo de tiempo suficiente que, le permita conocer adecuadamente el alcance y efectos del contrato. Además, si el contrato prevé un crédito de la modalidad *revolving*, a esa información se adiciona el suministro de un ejemplo representativo de crédito *revolving* con dos opciones de cuota, con las características y elementos que establezca el Banco de España.

Por otra parte, el artículo 33 quater recoge el derecho de desistimiento del contrato de crédito señalado en el artículo 33 bis.1 previsto en la LCCC, lo que supone que, en caso de ejercerse el mismo, el contrato de crédito celebrado deja de tener efecto³⁴.

Además de la información contractual con la que el prestatario debe contar de conformidad con lo previsto en la LCCC, se añaden elementos

afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones teniendo lo recogido en las letras a) y b) anteriores”.

³⁴ El artículo 33 quater. Derecho de desistimiento dispone que: “El prestatario podrá ejercer el derecho de desistimiento del contrato de crédito señalado en el artículo 33 bis.1 en los términos previstos en el artículo 28 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, en cuyo caso dejará sin efecto el contrato de crédito celebrado”.

específicos en el artículo 33 quinquies para los créditos en su modalidad *revolving* que, la entidad ha de remitir periódicamente al prestatario de forma gratuita –al menos trimestralmente–, que se adicionan a los ya previstos en la citada LCCC, con la finalidad de conseguir que el prestatario sea en todo momento consciente de la carga económica de la deuda en términos de importe y del plazo de amortización y de opciones para poderla reducir³⁵.

El suministro de información se complementa con la información adicional contenida en el artículo 33 sexies con la posibilidad del prestatario de obtener en cualquier momento –y en todo caso, en el plazo máximo de cinco días hábiles– todo o parte de la información periódica prevista en el artículo 33 quinquies, así como el cuadro de amortización o las cantidades satisfechas y pendientes. Asimismo, establece este precepto la obligación de la entidad de informar previamente al prestatario en cada ampliación del límite del crédito no solicitado por éste, incluyendo, en su caso, la nueva cuota y la deuda acumulada³⁶.

Finalmente, conforme el artículo 33 septies corresponde al cliente, en ausencia de acuerdo, concretar la forma de entrega de la información –el medio– que, debe remitirle la entidad; y, el artículo 33 octies regula los gastos que puede cobrar la entidad por facilitar la información³⁷.

³⁵ El artículo 33 quinquies. Información periódica a suministrar al prestatario señala que: “En el caso de disposición de crédito señalado en el artículo 33 bis.1, además de la información señalada en el artículo 8, la entidad deberá suministrar al prestatario con periodicidad al menos trimestral la siguiente información: a) El importe del crédito dispuesto, para lo que la entidad deberá tener en cuenta las posibles cuotas devengadas pendientes de liquidación y el tipo deudor; b) La modalidad de pago es un crédito de duración indefinida asociado a instrumentos de pago, señalando expresamente el término “revolving”; c) La fecha estimada en la que terminará de pagar el crédito dispuesto al que se refiere el apartado anterior, teniendo en cuenta la cuota de amortización establecida en ese momento. En particular, debe comunicarse al prestatario de forma clara, visible y comprensible: i) La fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase ningún otro elemento del contrato; y ii) La cuantía total que acabaría pagando el prestatario por el crédito dispuesto si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota. La entidad advertirá que la estimación que se realiza en ese momento lo es para el crédito dispuesto en una fecha de referencia y con la cuota establecida en ese momento; d) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota por encima de la establecida en ese momento. En particular, se comunicará al cliente de forma clara, visible y comprensible la fecha en la que terminaría de pagar el crédito dispuesto y la cuantía total que acabaría pagando en el caso de aumentar un 20, un 50 y un 100 por cien la cuota actual; e) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año”.

³⁶ El artículo 33 sexies. Información adicional manifiesta que: “1. Cuando el prestatario así lo solicite, la entidad le facilitará en el plazo máximo de 5 días hábiles la siguiente información en relación con el crédito señalado en el artículo 33 bis.1: a) Cualquiera de los extremos señalados en el artículo anterior; b) Las cantidades abonadas y la deuda pendiente. La entidad facilitará al prestatario un detalle lo más completo posible del crédito dispuesto, a fin de que pueda verificar la corrección del importe reclamado y su composición. Salvo que el prestatario indique otra cosa, la información incluirá las fechas, importes y conceptos de los pagos efectuados y desglosará la cantidad pendiente de pago en concepto de principal, intereses acumulados y comisiones devengadas por distintos conceptos; c) El cuadro de amortización; la entidad advertirá claramente que el cuadro de amortización se elabora para el saldo dispuesto, en una fecha de referencia y con la cuota establecida en ese momento; 2. Cuando la entidad realice, conforme a lo previsto en el contrato, una ampliación del límite del crédito referido en el artículo 33 bis.1 de forma unilateral sin una previa solicitud por parte del prestatario deberá comunicar a éste de forma individualizada dicha modificación con una antelación mínima de 1 mes, informándole específicamente del nuevo límite del crédito, así como, en su caso, de la nueva cuota que deberá pagar y de la deuda acumulada hasta el momento”.

³⁷ El artículo 33 septies. Forma de entrega de la información dispone que: “La información señalada en los artículos 33 quinquies y 33 sexties se suministrará al prestatario en papel u otro soporte duradero a través del medio establecido contractualmente o, en su defecto, por el que opte el cliente de entre los que tenga establecidos la entidad, todo ello en los términos previstos en el artículo 11”, y el artículo 33 octies. Gastos de información establece que: “1. La entidad no podrá cobrar al usuario del servicio de pago por el suministro de la información indicada en los artículos 33 quinquies y 33 sexies. 2. La información adicional prevista en el artículo 33 sexies.1 se facilitará de forma gratuita al prestatario a través de los canales telemáticos de la entidad. No obstante, la entidad y el prestatario podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de dicha información a través de medios distintos a los

En todo caso, se dispone en la Disposición Final quinta que entrará en vigor el día 2 de enero de 2020 –que presumiblemente no tendrá lugar–.

No se establecen, a diferencia de lo previsto en la LCCC, las consecuencias jurídicas y sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de: información precontractual, de información periódica a suministrar al prestatario durante la vigencia del contrato; y de la información adicional que solicite el consumidor. Si bien, la remisión que, hace la Orden en algunos de sus extremos a la citada LCCC, determinará la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la misma para los incumplimientos de las obligaciones de información que regula.

IX. CONCLUSIONES

Los créditos *revolving* son productos que se ofertan en una franja de mercado singular que, cubren un elevado número de operaciones de crédito de pequeña cuantía, en los que no se prestan garantías (personales o reales) de devolución de ningún tipo (avales, fianzas, prenda e hipoteca), tampoco se les exige a los clientes ninguna vinculación con la entidad crediticia que ofrece el producto (domiciliación de recibos, nóminas, o suscripción de seguros) – pues, puede darse el caso que, el cliente no haya obtenido crédito de su propia entidad bancaria-. Por otra parte, resulta difícil su persecución procesal en caso de impago, dados los altos costes que para la entidad crediticia o establecimiento financiero supone litigar por una cantidad de deuda que, a diferencia del préstamo o crédito hipotecario o préstamos personales, es ordinariamente pequeña. Asimismo, la tasa de morosidad en este mercado se encuentra en niveles significativamente elevados y, precisamente, quienes acuden a este tipo de producto crediticio no suelen encontrarse en situación de angustia o necesidad. Por otra parte, tratándose de establecimientos financieros, como hemos analizado, se les impone unas mayores exigencias de liquidez y de recursos propios. Ahora bien, la suma del capital del crédito no se entrega, sino que se pone a disposición del cliente, no se pacta un calendario de amortización, sino que aquél tiene libertad tanto para disponer del mismo en función de sus necesidades, como también para determinar las cantidades a devolver –bien mediante el pago de una cantidad fija mensual, de un tanto porcentual sobre lo dispuesto, o bien de todo lo dispuesto a fin de mes-. No obstante, aunque el mecanismo de concesión se vincula al estudio individualizado del perfil de riesgo del potencial prestatario; lo cierto es que, el estudio de solvencia del prestatario es menos minucioso que, el que se realiza para la concesión de un préstamo al consumo.

Los contratos de crédito *revolving* (línea de crédito o tarjetas) son, en esencia, unos contratos en el que se dispone de un límite de crédito determinado que se puede devolver en plazo, a través de cuotas periódicas. Éstas pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente, como una cuota fija, cuotas periódicas que se pueden elegir y variar dentro de unos

telemáticos; 3. Cuando la entidad pueda cobrar gastos en concepto de información con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2, serán razonables y acordes con los costes efectivamente soportados por la entidad”.

mínimos fijados por la entidad. En todo caso, la cuantía de las cuotas puede cambiar en función del uso que se haga de este producto crediticio y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada, no se requiere justificación alguna de la finalidad por la que se solicita, se puede devolver anticipadamente sin esperar al vencimiento y los intereses remuneratorios se pagan en función del grado de utilización del límite del crédito. La peculiaridad de estos créditos reside, como hemos señalado, en su carácter rotativo o revolvente, de forma que las cuantías de las cuotas que el titular abona de forma periódica, vuelven a formar parte del crédito disponible por el cliente, esto es, la deuda derivada del crédito se “renueva” de manera automática a su vencimiento mensual: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados que, se financian conjuntamente. Se “renueva” o “reutiliza” hasta el límite del crédito y el vencimiento establecidos. En realidad, este crédito rotativo resulta equiparable a una línea de crédito permanente (apertura del crédito) y, precisamente, sobre el capital dispuesto se aplica el interés remuneratorio pactado³⁸. Por otra parte, procede indicar que, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente devengando intereses.

Esta peculiar característica del crédito *revolving* tiene unas importantes consecuencias para el cliente. Así, de pagarse una cuota mensual baja respecto al importe de la deuda, la amortización del principal se realiza a muy largo plazo, lo que puede derivar en que se tengan que pagar muchos intereses; y, además, no es posible emitir un cuadro de amortización previo (como sucede como los préstamos personales) al variar la deuda y, en su caso, las cuotas mensuales a pagar. Precisamente, esta amortización del principal puede prologarse durante un periodo de tiempo muy largo. Así si el cliente opta por el pago de una cantidad mensual fija, el importe a pagar es siempre el mismo, con independencia del gasto mensual, por ejemplo, de la tarjeta *revolving*; de forma que, si el gasto es mayor, se acumulará al crédito dispuesto, pagándose la deuda con los intereses correspondientes. En este sistema de pago si la cuota establecida es de una cuantía pequeña, puede que la misma no alcance para cubrir los intereses generados, por lo que tras el pago de la cuota mensual, la deuda pendiente aumenta; si optamos por pagar un porcentaje de la deuda pendiente, en este caso el cliente opta por pagar cada mes un porcentaje del crédito consumido con una cuantía mínima por recibo; si bien, cuanto menor es el saldo pendiente, menor es también la cuota que hay que pagar, con lo que se alarga bastante el plazo de devolución y, por ende, aumenta la cuantía de los intereses. Por lo que, en ambos casos el consumidor entra en una espiral crediticia que, favorece su sobreendeudamiento. Con ambas modalidades de pago, el cliente que contrata este producto crediticio, paga una cifra total de intereses muy elevada que, se van cargando sobre la totalidad del principal pendiente en cada momento. Lo que resulta más aconsejable, es amortizar anticipadamente la deuda pendiente sin esperar al vencimiento, y si ello no es posible, convenir cuotas

³⁸ En esta línea, M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, *op. cit.*, p. 348.

mensuales más altas que, impidan que con los intereses, la cuantía total de la deuda se incremente de forma exponencial. No obstante, algunas entidades crediticias ofrecen al cliente la posibilidad de modificar su funcionamiento, pasando alternativamente a operar como modalidad de pago diferido a final de mes.

Como hemos indicado, se puede asociar el crédito *revolving* a una tarjeta. Y aunque se puede equiparar a las tarjetas de crédito tradicionales, lo cierto es que en estas existe la opción de pagar la totalidad de la deuda al mes siguiente sin intereses, mientras que las tarjetas *revolving* solo dan la opción de pago aplazado, pero con intereses. El cliente puede concretar los plazos de amortización, lo único que es que, esos pagos aplazados pendientes de abonar generan unos intereses muy altos. En todo caso, quienes acuden a estos créditos, coincide la doctrina, suelen ser personas, pertenecientes al segmento de la clase media, media-alta y los contratan para hacer frente a puntual situación financiera o de solvencia comprometida, o para realizar unas compras no habituales y en las que, precisamente, no se adquieren activos de gran valor, en una cuantía entre 600 a 6.000 euros –incluso en algunos por debajo de la cifra de 600 entorno a los 300/400 euros–, sin reparar la mayoría de las veces lo que representan estos créditos³⁹.

En este contexto, tras la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 25 de noviembre 2015 –que trataba de un crédito en que el consumidor podría disponer mediante llamadas telefónicas, para que se realizaran ingresos en su cuenta bancaria o mediante el uso de una tarjeta expedida por la entidad financiera–, se ha generado un creciente litigiosidad respecto de este producto crediticio, optando en algunas resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales, por operar en la línea doctrinal fijada por el Alto Tribunal y considerar usurario el interés aplicado al mismo y por lo tanto, nulo.

Efectivamente, el artículo 1 de la LU establece que *“será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sea su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”*.

En lo que se refiere al primer requisito expuesto por el citado precepto, la sentencia de 2015 establecía que “el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero”. No se trata, por tanto de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés “normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia”. Para establecer lo que se considera “interés normal” puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España”. No se acude como parámetros de comparación ni al interés legal del dinero, que aprueba

³⁹ Vid., Á. CARRASCO PERERA Y F. CORDON MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., pp. 43, 46-47 y 76-77.

anualmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado, ni tampoco al precio oficial del dinero que puede marcar el Banco Central Europeo, ni medias estadísticas que incluyan operaciones pactadas sobre otro tipo de productos financieros. Y el porcentaje con el que hay que realizar la comparación no es el nominal, sino la TAE –frente a otras resoluciones de nuestras Audiencia Provincial que opta por el tipo de interés remuneratorio (TIN) y no por la TAE-. De todas formas, la LCCC define por un lado la TAE, como hemos analizado y por otra el Tipo deudor como “el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado” (artículo 6 e)). En todo caso, operemos por el tipo nominal o por la TAE, como hace el Tribunal Supremo, deberemos utilizar como término comparativo el tipo medio de tales conceptos que, se aplica por las entidades de crédito o establecimiento financieros.

Por lo que, como hemos expuesto, el Banco de España desde el año 2010, a raíz de la Circular 1/2010, de 27 de enero, ha justificado la necesidad que las tarjetas de crédito de precio aplazado contarán con su propia estadística alegando que, con ello se ofrece con “un mayor detalle los intereses relativos a las nuevas operaciones de crédito”, y, publicitando así de forma separada los tipos aplicables a las tarjetas de crédito *revolving* de la estadísticas de los créditos al consumo, tanto en su Boletín Estadístico como en el Portal del Cliente Bancario. Asimismo, ha puesto a disposición de los clientes una herramienta que permite comparar los intereses y TAEs reales aplicables por las entidades en productos específicos. Sobre tales bases, si ahora tuviera nuestro Alto Tribunal que, pronunciarse sobre si un tipo de interés remuneratorio del 24,6% TAE, como el planteado en autos, es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado” cuando el Boletín Estadístico del Banco de España 2019, fija en noviembre de 2019 el tipo medio aplicable a este tipo de productos crediticio en torno al 19,63% en España y en 16,64% en la zona euro⁴⁰, sin que duplique el tipo de interés normal que ha de ser usado como referencia, la respuesta podría ser que, en la fecha actual no sería manifiestamente superior al interés normal del dinero para dichos productos. Recordemos que, el Banco de España opera sobre el TEDR (tipo efectivo de definición restringida, que equivale a la TAE sin incluir comisiones).

En cuanto al segundo requisito fijado por la sentencia del Tribunal Supremo de tener en cuenta las “circunstancias del caso”, no parece que el producto ha sido colocado aprovechándose de la situación de angustia o necesidad del cliente; y que, es un producto con las características indicadas en líneas precedentes, que opera en un mercado singular, siendo su coste más elevado que la de otros productos crediticios por los riesgos altos que asumen las entidades de crédito y los establecimientos financieros que los ofertan, que los tipos de interés son los habituales que ofrecen tales operadores crediticios, quizá la competitividad reside en la TAE, por las comisiones y gastos que, unos u otros pueden imponer, y, en esencia, tampoco existe otro mercado alternativo al que se pueda acudir estos clientes, donde, precisamente, estos

⁴⁰ Á. CARRASCO PERERA Y F. CORDON MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., p. 73 señalan que Estados Unidos con un 27% estaría por encima del tipo en España; igual que Noruega con 27,5%; Rumanía con 28,6% y Reino Unido con 39,7%.

créditos *revolving* pudieran funcionar con unas condiciones económicas distintas. Se ha puesto de manifiesto también por una parte de la doctrina, las consecuencias de dejar inoperativo este mercado, pues, con ello se dejaría fuera del mercado crediticio a determinado segmento de la población.

Por lo que con tales argumentos podrán entenderse que, tampoco estaríamos ante un interés manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

En todo caso, el Tribunal Supremo, en este supuesto, operó sobre los tipos de interés de crédito al consumo publicitados por el Banco de España, al no existir en ese momento un tratamiento estadístico separado de ambos productos como ahora, de una cuantía por supuesto mucho menor que, la que ofrecen los créditos *revolving*. En concreto, en noviembre de 2019, para operaciones a plazo entre 1 y 5 años se sitúa en la cifra de 7,39 y TAE de 7,56 y en cuanto la zona euro 4,94 y TAE 7,56. En todo caso, no se concretó en la sentencia del Tribunal Supremo, las estadísticas que se utilizaron ni la concreta información de la que valió para calificarlo de usurario⁴¹.

Aunque, el Tribunal Supremo opta por el requisito objetivo en materia de usura y no necesariamente su concurrencia con el requisito subjetivo previsto en el artículo 1 de la LU, ciertamente, pueden ser tenidos ambos en cuenta, atendiendo a las circunstancias del caso. De todas formas, en el supuesto analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 2015 no se había concedido aprovechándose de la situación de angustia y necesidad de la persona.

Ciertamente, a nuestro entender, no se puede generalizar que los intereses de los créditos *revolving* sean siempre usurarios y, por tanto nulos; habrá que acudir al caso concreto y analizar las circunstancias en las que opera, pues, de lo contrario, como señala la doctrina, se podría acabar con este mercado crediticio singular, si se opta por una generalización de la aplicación de la LU. Efectivamente, la notable superioridad o desproporcionalidad de los intereses se han de poner en relación con las circunstancias de la caso; de forma que, si tal interés resulta coherente con tales circunstancias del caso y éstas justifican la superioridad o la desproporción, no se habrá de reputar usurario.

En este contexto, de ser considerado el tipo de interés usurario, se declara la nulidad del préstamo como sanciona el citado artículo 1 de la LU. En consecuencia, el prestatario está obligado a entregar tan solo la suma recibida y si hubiera satisfecho parte de aquél y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado (artículo 3). Por tanto, la sanción civil al prestamista consistirá en la pérdida del derecho a cobrar los intereses pactados o la restitución de los percibidos. La restitución de las cantidades prestada, al no tener plazo de prescripción, será el general de 5 años (artículo 1964 del Código Civil). De todas formas, la devolución de la cantidad prestada por parte del prestatario debe hacerse de una sola vez, inmediatamente

⁴¹ Para Á. CARRASCO PERERA Y F. CORDON MORENO, *Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving*, op. cit., p. 53 en una pequeña labor de investigación les permite concluir que “los datos manejados por dicha sentencia son, en realidad, los tipos de interés medios aplicados por las entidades en los descubiertos tácitos en las cuentas corrientes en el año 2001”.

después de la sentencia que califica de usurario el préstamo⁴², lo que puede hacer difícil la devolución, si se encuentra en situación de agobio económico; de ahí, las exigencias por parte de la doctrina de flexibilizar dicha sanción de nulidad, otorgando al prestatario la posibilidad de devolver el capital prestado con arreglo a los plazos inicialmente establecidos o en otro caso, optar por una nulidad parcial, más ajustada al principio de *favor debitoris*⁴³.

Ahora bien, como hemos expuesto en este estudio, resulta compatible la normativa de la usura con la normativa relativa a la protección de los consumidores. Respecto de esta última normativa, procede señalar que, en los contratos bajo condiciones generales de la contratación o cláusulas predispuestas no se permite el control del carácter “abusivo” –control de contenido- del tipo de interés remuneratorio, en tanto que la cláusula en que se establece tal interés se refiere a un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio. No obstante, es posible que se someta tal interés remuneratorio al doble control de transparencia que, va más allá del control de inclusión a que se refiere el artículo 7 de la LCCC y que supone que el adherente conozca o pueda conocer la carga económica y jurídica que se deriva para él del contrato en cuestión. Si no se supera tal control de transparencia, la cláusula será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta (artículo 83 del Real Decreto 1/2007). Si bien, recordemos que, el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de noviembre de 2015 para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero, no opera sobre el interés nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), al entender que, de esta forma, la cláusula de interés remuneratorio puede ser considerada transparente, pues no solo permite al prestatario conocer de un modo más claro la carga onerosa que supone realmente la operación, sino que además le posibilita llevar a cabo una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia. Ello, a diferencia del porcentaje tomado en consideración por algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales que, entienden que debe ser es el tipo de interés nominal; o por el Banco de España que, en sus estadísticas se refiere al TEDR –tipo efectivo definición restringida, que equivale al TAE, sin incluir comisiones-. Por su parte, la LCCC en su artículo 6 relativo al contenido económico del contrato, diferencia entre tipo deudor –tipo interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado (letra e))- y la TAE –el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido (letra d))-. En cualquier caso, a nuestro entender, se debe informar tanto del interés nominal como de la TAE con el objeto que el consumidor tenga un conocimiento cierto de la carga onerosa y jurídica del crédito *revolving*, para prestar con ello un consentimiento informado.

En cuanto al interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla con sus obligaciones. En la sentencia de 2015 recordemos que, se pactó un interés de

⁴² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467).

⁴³ M. ORDÁS ALONSO, *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, op. cit., p. 343.

demora resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

Por otra parte, con el Proyecto de Orden 2019 de modificación de la Orden EHA/2899/2011 se trata de reforzar la información que el prestatario recibe de la entidad, tanto en el momento de la contratación, como durante la vigencia del contrato. Esto permite a la persona del prestatario contar con un conocimiento claro y específico del contenido y los efectos asociados al crédito *revolving* que, va a contratar, para que su consentimiento sea informado, así como conocer con previsión la deuda que mantiene periódicamente con la entidad de crédito o establecimiento financiero, esto es, tenga un conocimiento de la carga económica del contrato de crédito *revolving* en todo momento –control de transparencia material–. Así, en un momento previo a la concesión del crédito, se obliga a la entidad de crédito o establecimiento financiero, además de evaluar la solvencia del prestatario, a que la información con el contenido y formatos previstos en la LCCC sea entregada a éste ‘persona física’ con la debida antelación a la firma del contrato. El objetivo es asegurar que, el cliente cuente con toda la información que resulte necesaria del contrato de crédito *revolving* que va a firmar y que disponga de ella en un periodo de tiempo suficiente que, le permita conocer adecuadamente el alcance y los efectos de tal contrato. Además, se prevé que esa información se acompañe de un ejemplo representativo del crédito *revolving* con dos opciones de cuota, con las características y elementos que establezca el Banco de España. Ahora bien, tras la concesión del crédito, se prevé que también se proporcione al consumidor una información periódica del producto crediticio contratado. Así, además de la información contractual con la que debe contar el prestatario conforme lo previsto en la citada LCCC, se prevé que se informe sobre otros elementos específicos de estos créditos en su modalidad *revolving*, y la entidad ha de remitir al cliente tal información de forma periódica y gratuita. El contenido de esta información se complementa con un cuadro de amortización de la deuda e, información de las cantidades satisfechas y de las pendientes.

Ciertamente, el Banco de España ya había indicado que, constituiría una buena práctica financiera en estos créditos *revolving*, precisamente cuando la amortización del principal se va a realizar en un periodo muy largo de tiempo, que, la entidad financiera o el establecimiento de crédito facilitase de manera periódica información sobre cuánto tiempo se tardaría en terminar de pagar la deuda pendiente, cuál debería ser el importe de la cuota mensual que permitiría liquidar la deuda pendiente en el plazo de un año, o poner ejemplos sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota.

No se prevé en este Proyecto de Orden ninguna sanción para el caso de incumplimiento de estos deberes de información, precontractuales y contractuales. Si, en cambio como analizamos en la LCCC se establecía una serie de consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en tal norma. Todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas a las entidades financieras. Y, si se trata de una obligación legal de carácter imperativo, su incumplimiento determina la nulidad del contrato. De todas formas, se ha concretado por una parte de la doctrina y en

alguna normativa que, la información en la fase precontractual entra a formar parte del contrato y el incumplimiento de los deberes informativos se asimila en cierta forma al incumplimiento contractual (artículo 6:101 PECL y II-9:102 DCFR), además de considerar que, inciden en la formación del propio consentimiento del cliente⁴⁴.

De todas formas, teniendo presente en los términos expuestos que, existe una diferencia conceptual y de aplicación entre lo que supone el control de transparencia y el error vicio del consentimiento, pues, como señala la citada sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 *“el control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre elementos esenciales del contrato...”*, no obstante, conviene precisar que, en relación con productos financieros complejos, como swaps, participaciones preferentes, el incumplimiento de los deberes de información previstos en el Real Decreto 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, ha determinado la anulación del contrato por error en el consentimiento⁴⁵; o, en su caso, la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual al amparo del artículo 1101 del Código Civil⁴⁶.

X. BIBLIOGRAFÍA

A. AGÜERO ORTÍZ, “No todas las tarjetas de crédito son usurarias, es posible que haya futuro para la financiación de consumo”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 19, 2016, pp. 133-150.

M. ALEMANY CASTELLS, “La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España”, Diario LA LEY, número 9367, sección Tribuna, 27 de febrero de 2019, pp. 1-9.

- “De nuevo sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, respecto del interés usurario y los índices estadísticos del BdE en los créditos revolving”, Revista de Derecho VLEX, núm. 155, abril 2017, pp. 1-6.

M. ALEMANY CASTELLS E I. FERRETÉ I FERNÁNDEZ, “Actualización de la usura en el crédito revolving”, Revista de Derecho VLex, número 169, junio 2018, pp. 1-3.

M. ALEMANY CASTELLS Y J. M^a. SÁNCHEZ GARCÍA, “¿Es usurario un interés remuneratorio con una TAE del 20% en una línea de crédito revolving?”, Revista VLex, número 176, enero 2019, pp. 1-7.

- “La comparación del interés “normal del dinero” en los créditos revolving de acuerdo con las estadísticas que publica el Banco de España, Diario LA LEY, número 9362, sección Documentos on line, 20 de febrero de 2019, pp. 1-9.

- ¿Es usuario un interés remuneratorio con una TAE del 20% en una línea de crédito revolving?, Revista de Derecho VLex, número 176, enero 2019, pp. 1-7.

M. ALEMANY CASTELLS E I. MEMBRIVE, “El tipo de interés en las tarjetas revolving. Diferenciación de otro tipo de productos de crédito al consumo”, Revista de Derecho VLex, número 160, septiembre 2017, pp. 1-6.

M. ALEMANY CASTELLS Y A. RUIZ GASENT, “Continúa la litigiosidad sobre los créditos revolving”, Diario LA LEY, número 9538, sección Tribunal, 17 de diciembre de 2019, pp. 1-4.

M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros.

⁴⁴ M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, *op. cit.*, p. 375; N. ÁLVAREZ LATA, “Comentario al artículo 14 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo”, en M.J. Marín López (dir.), *Comentarios la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 612-613.

⁴⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21); de 2 de marzo de 2017 (RJ 2017/672); de 23 de mayo de 2017 (RJ 2017/2443); de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018/559); de 30 de octubre de 2018 (RJ 2018/4247); y, de 19 de diciembre de 2018 (RJ 2018/5526) entre otras.

⁴⁶ M. ALMENAR BELENGUER, “Tarjetas bancarias, créditos rápidos y créditos revolving”, *op. cit.*, p. 376.

Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

J.A. BROTO CARTAGENA, “La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios”, El Notario del siglo XXI, número 66, marzo-abril 2016, pp. 134-137.

Á. CARRASCO PERERA Á., Y A. AGÜERO ORTÍZ, “Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sygma Mediatris”: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, número 16, 2016, pp. 73-94.

Á. CARRASCO PERERA Á., Y F. CORDÓN MORENO, Intereses de usura y tarjetas de crédito revolving, Cuadernos Civitas, Civitas Thosom Reuters, Navarra 2019.

Á. CARRASCO PERERA Y L. DEL SAZ DOMÍNGUEZ, “El laberinto jurisprudencial de la usura en las tarjetas de crédito”, Diario LA LEY, número 9369, sección Tribunal, 4 de marzo de 2019, pp. 1-4.

R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil”, en C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo y P. Salvador Cordech (dirs.), Comentario del Código Civil, T. II, Secretaría Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid 1993

J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “Comentario a los artículos 1753 a 1757 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Comentarios al Código Civil, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones abusivas del crédito”, en U. Nieto Carol (dir.), Crédito y Protección del consumidor, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.

D. ENRICH GUILLÉN D. y M. ARANDA JURADO, Los créditos revolving y los intereses usuarios, Bosch, Barcelona 2019.

M^a. de L. FERRANDO VILLALBA, “El crédito al consumo”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

J.L. FORTEA GORBE, “La nulidad por usura en los contratos de préstamo y crédito. Interpretación jurisprudencial actual”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

R. FUENTES DEVESA, “Créditos y préstamos revolving”, en C. del Carmen Castillo Martínez (dir.), J.L. Fortea Gorbe (coord.), Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura, Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

G. GARCÍA CANTERO, “Préstamo, usura y protección de los consumidores”, Actualidad Civil 1989-1, pp. 205-216.

FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, La usura. Evolución histórica y patológica de los intereses, Dykinson, Madrid, 2010.

FCO. J. JIMÉNEZ MUÑOZ Y J. MARTÍN FERNÁNDEZ, “El contrato de préstamo”, en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias, Thomson Reuters Aranzadi, 2014

C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho Civil, III Contratos, decimoctava edición, Marcial Pons, Madrid 2016.

J.L. LACRUZ BERDEJO et al., Elementos de Derecho Civil, T. II derecho de Obligaciones, vol. I Parte General. Teoría general del contrato, 5ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2011.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Curso de Derecho Civil, vol. II Derecho de Obligaciones, en C. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), reimpresión de la 4ª ed., Colex, Madrid, 2016.

A. MONSERRAT VALERO, “Los intereses garantizados por la hipoteca”, Anuario de Derecho Civil, T. LII, Fasc. I, enero-marzo 1999, pp. 13-100.

M. MUÑOZ CERVERA, “El interés y la usura”, en U. Nieto Carol (dir.), Crédito y Protección del consumidor, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.

V. MÚRTURA LAFUENTE, La prestación de intereses, McGraw-Hill, Madrid 1999

- La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos, Reus, Madrid, 2012,

M. ORDÁS ALONSO, El interés de demora, Thomson Aranzadi, Navarra 2004.

- “Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios al Código Civil, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2009.

- El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia, Bosch, Barcelona 2014.

E. PALÁ LAGUNA, “Algunas cuestiones en torno a la figura del “préstamo participativo” y su nuevo régimen jurídico”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 70, abril-junio 1998, pp. 457-476.

FCO. J. PERTINEZ VILCHEZ, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, Indret número 3, julio 2013, pp. 1-28.

J. REYNER SERRÀ, “El crédito “revolving” y su precio”, Revista VLex, número 158, mayo 2017, pp. 1-23.

L. RODA GARCÍA y G. GARCÍA-BARAGANO RODA, “La desnaturalización del concepto de usura en la jurisprudencia”, Diario LA LEY, número 9432, sección Doctrina, 10 de junio de 2019, pp. 1-12.

I. SABATER BAYLE, Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización, Aranzadi, Navarra 1986.

J. M^a. SÁNCHEZ GARCÍA, “El crédito revolving y la litigiosidad generada como consecuencia de una errónea interpretación de la sentencia del TS de 25 de noviembre de 2015”, Diario La Ley, número 9525, sección Tribunal, 25 de noviembre de 2019, pp. 1-7.

- “Comentarios al acuerdo de unificación de criterios de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Alicante acerca del denominado contrato de préstamo revolving”, Diario LA LEY, 24 de mayo de 2018, pp. 1-8.

- “De nuevo sobre las tarjetas de crédito vs créditos revolving”, Diario LA LEY, número 9394, sección Tribuna, 10 de abril de 2019, pp. 1-7.

P. TORO GARCÍA y M. ALEMANY CASTELL, “La problemática de la generalización de la nulidad de contratos revolving y tarjetas con motivo de la aplicación de la antiquísima Ley de Usura”, Revista VLex, número 179, abril 2019, pp. 1-14.

M^a. N. TUR FAÚNDEZ, “Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura: cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 17 de octubre de 1994)”, Revista General del Derecho, número 608, 1995, pp. 4869-4885.

E. VÁZQUEZ DE CASTRO, “Créditos rotativos o “revolving”, crédito abusivo y crédito usurario. Una necesaria diferenciación conceptual ausente en la STS 628/2015, de 25 de noviembre”, Diario La Ley, número 8701, sección Doctrina, 12 de febrero de 2016, pp. 1-9.

PANDEMIA DE COVID-19 EN EL SIGLO XXI

COVID-19 PANDEMIC IN THE 21ST CENTURY

Dra. Susana Infantes Esteban
Científica y Doctora en Inmunología-Viral
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2020
Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2020

RESUMEN: El causante de la pandemia de COVID-19 del siglo XXI, es el nuevo coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV-2). Este coronavirus se propaga por contagio de persona a persona a través de partículas respiratorias y produce síntomas como fiebre, tos, disnea, fatiga y la muerte en pacientes graves. El SARS-CoV-2 puede infectar el sistema respiratorio, digestivo, urinario y el sistema hematológico, ya que se ha observado presencia del virus en orina, heces, sangre y en muestras del tracto respiratorio. Los ancianos y personas con enfermedades subyacentes son más susceptibles a la infección, pudiendo desarrollar el síndrome de dificultad respiratoria aguda (SDRA), tormenta de citoquinas e incluso la muerte. Los múltiples avances científicos sobre el nuevo coronavirus, progresan a un ritmo sin precedentes para conocer la naturaleza, tratamiento y prevención del SARS-CoV-2.

ABSTRACT: The cause of the COVID-19 pandemic of the 21st century is the new coronavirus 2 of severe acute respiratory syndrome (SARS-Cov-2). This coronavirus spreads from person to person through respiratory droplets and produces symptoms such as fever, cough, dyspnea, fatigue and death in severe patients. SARS-Cov-2 can infect the respiratory, digestive, urinary, and blood systems since the presence of the virus has been observed in urine, faeces, blood, and respiratory tract samples. The elderly and people with underlying diseases are more susceptible to infection, and may develop acute respiratory distress syndrome (ARDS), cytokine storm, and even death. The multiple scientific advances on the new coronavirus are progressing at an unprecedented pace to learn about the nature, treatment and prevention of SARS-Cov-2.

PALABRAS CLAVE: SARS-CoV-2, pandemia, COVID-19, coronavirus, transmisión

KEYWORDS: SARS-COV-2, pandemic, COVID-19, coronavirus, transmission

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. ESTRUCTURA Y CICLO REPLICATIVO DEL VIRUS SARS-COV-2. III. RESPUESTA INMUNE FRENTE A LA INFECCIÓN POR SARS-COV-2. IV. TRANSMISIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL VIRUS SARS-COV-2. V. TRATAMIENTOS FRENTE A LA ENFERMEDAD COVID-19. VI. DIVERSIDAD DE MUTACIONES ENCONTRADAS EN EL VIRUS SARS-COV-2. VII. DIFERENTES RESPUESTAS FRENTE A LA PANDEMIA DE COVID-19. VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. ANTECEDENTES

En diciembre de 2019¹ una nueva neumonía surgió en la ciudad de Wuhan, China. Es el 30 de enero de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) declara oficialmente la epidemia de COVID-19 como una emergencia de salud pública internacional. Inicialmente se denominó nuevo coronavirus 2019 (2019-nCoV) y el 11 de febrero la OMS junto con el Grupo de Estudio de Coronavirus (CSG) del Comité Internacional, consideraron nombrarlo oficialmente como enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19). Posteriormente, el 11 de marzo la OMS lo reconoce como pandemia. La COVID-19 esta causada por el virus denominado SARS-CoV-2.

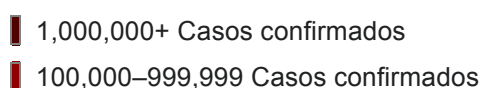
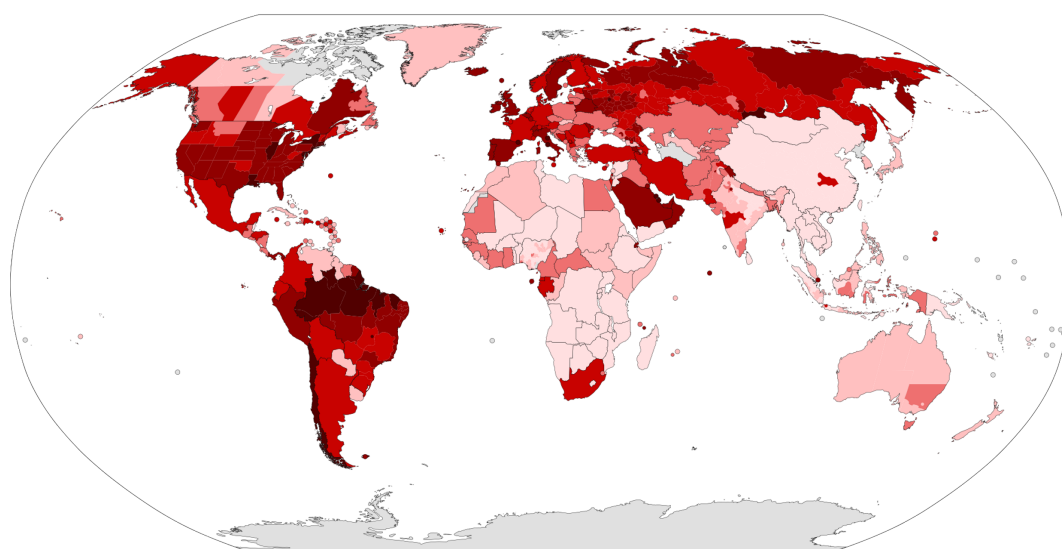
El SARS-CoV-2, coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave, es un coronavirus de tipo β , del subgénero sarbecovirus y subfamilia Orthocoronaviridae². Los coronavirus (CoV) de tipo α y β , infectan mamíferos, mientras que los tipos γ y δ -CoV infectan aves. Se han identificado 7 coronavirus que infectan humanos, la mayoría tienen baja patogenicidad y producen un resfriado común. Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave o SARS-CoV³ y coronavirus del síndrome respiratorio del medio oriente o MERS-CoV⁴, son los otros dos β -CoV que infectan humanos, produciendo graves infecciones respiratorias e incluso la muerte. El SARS-CoV-2⁵ tiene un 96,2% de homología con otro coronavirus de murciélago (Bat CoV) y un 79,5% de identidad con el SARS-CoV. Se cree que el murciélago es el reservorio del nuevo coronavirus al igual que en el SARS-CoV y MERS-CoV, pero existe un huésped intermedio desconocido que infecta al humano. El SARS-CoV apareció en la provincia de Guangdong, China en 2002, infectando a 8.098 personas y con 774 muertes⁶, mientras que el MERS-CoV⁷ surgió en Arabia Saudita en 2012, con 2.494 personas infectadas y 858 muertes. La tasa de mortalidad asociada al SARS-CoV se estima en un 14%, en el MERS-CoV un 34,4% y en el SARS-CoV-2 se estima entre un 4-6% a la espera de más estudios para confirmarlo.

En Europa, los primeros casos de COVID-19 se reportaron en Alemania, Francia, Italia y España. En Italia⁸, se identificaron dos turistas chinos infectados que procedían de Wuhan y viajaron el 23 de enero de 2020 a Milán y luego a Roma. Según la reconstrucción filogenética, se demostró que los turistas chinos estaban infectados antes de llegar a Italia, igualmente ocurrió en las cepas de virus encontradas en Francia y Alemania que se relacionaron con otras secuencias víricas procedentes de China, lo que sugiere que el virus SARS-COV-2 introducido en Europa procedía de China. El análisis genético

indica que el virus originado en Wuhan se expandió por dentro y fuera de China, debido a la movilidad humana. Los primeros casos de COVID-19 en España se identificaron en la primera semana de febrero de 2020 en La Gomera (Islas Canarias) y el segundo en Mallorca (Islas Baleares). Los dos primeros casos infectados tuvieron contacto con ciudadanos procedentes de Alemania y con un caso francés que regresaba de Singapur. 5 casos fueron confirmados en España antes del 26 de febrero de 2020, los cuales, estaban relacionados con viajes a Italia y tan solo una semana más tarde, marzo de 2020, los casos ascendieron a 261 en toda España. En pocos meses, la pandemia se ha extendido por todos los rincones del planeta. Aunque el continente más afectado ha sido Europa, a principios de Junio de 2020, los países con mayor número de afectados fueron Estados Unidos, Brasil, Rusia e India. La tendencia actual muestra como en países africanos y del sur de Asia, la epidemia está aumentando, produciéndose un mayor número de muertes en Estados Unidos y América Latina.

En el mapa mundial de la imagen 1, se representa la pandemia de COVID-19 actualizada a fecha de 24 de junio de 2020. En diferentes tonos del color rojo, se muestra el número de casos confirmados por la infección de SARS-CoV-2. El número de casos infectados por coronavirus en todo el mundo asciende a 9.935,361, 497. 553 muertes y 5.383.81910 casos recuperados.

En la era de la globalización, que se caracteriza por la movilidad de personas, las epidemias se propagan por los cinco continentes mucho más rápido convirtiéndose en pandemias. Por eso, es de suma importancia la identificación temprana de los posibles casos de infección, su aislamiento y cuarentena, para evitar la propagación de la infección.



- 10,000–99,999 Casos confirmados
- 1,000–9,999 Casos confirmados
- 100–999 Casos confirmados
- 1–99 Casos confirmados
- Casos no confirmados, no población o datos no disponibles

Imagen 1. Mapa mundial de la pandemia de COVID-19¹¹.

II. ESTRUCTURA Y CICLO REPLICATIVO DEL VIRUS SARS-COV-2

El SARS-CoV-2 es un beta-coronavirus de ARN monocatenario, envuelto y de sentido positivo. Los virus ARN mutan rápidamente, pero con menor frecuencia que el virus de la gripe. El genoma del SARS-CoV-2 está compuesto por 30 kilobases de longitud y codifica para 16 proteínas no estructurales, Nsp (Nsp1-16) y 4 proteínas estructurales. Entre las proteínas estructurales encontramos las siguientes¹²:

- Proteína de la espiga, S (en inglés, spike). El virus entra en la célula a través de la proteína S, la cual contiene dos subunidades, S1 y S2. La proteína S facilita la entrada del virus a la célula, mediante la interacción con la enzima convertidora de angiotensina 2 (ACE2) que se expresa mayoritariamente en el tracto respiratorio inferior.
- Proteína de la nucleocápsida, N. Esta proteína es un componente estructural del coronavirus y se localiza en el retículo endoplásmico-Golgi. Al estar unida al ARN, está involucrada en el ciclo de replicación del virus.
- Proteína de la matriz, M. Esta involucrada en la determinación de la forma de la envoltura del virus y en la finalización del ensamblaje del virión, al estabilizar el compelo, ARN- proteína N.
- Proteína de la envuelta, E. Es la proteína más pequeña que interviene en la maduración de las nuevas partículas virales.

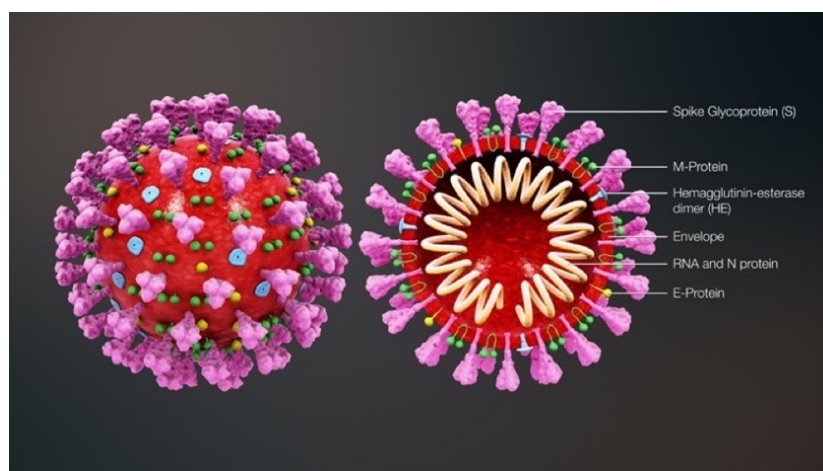


Imagen 2. Estructura del SARS-CoV-2¹³.

El SARS-CoV-2 ingresa en el cuerpo humano a través del receptor ACE2, que se encuentra en los pulmones, tracto gastrointestinal y riñones. Según el estudio de Sungnak, las células epiteliales nasales tienen la mayor expresión del receptor ACE2.

La imagen 3, ilustra el ciclo de infección del virus en las células huésped humanas. Se puede dividir en 6 etapas principalmente.

1. Entrada del virus a la célula huésped. La proteína S del virus se une al receptor ACE2 de los neumocitos de clase 2 del pulmón y se produce la fusión del virus con la membrana celular huésped.
2. Liberación del material genético viral. Una vez que el virus entra en el interior de la célula, una bajada del pH, provoca que se libere el ARN viral al citosol.
3. Traducción del ARN genómico viral. El ARN genómico del virus se traduce en las proteínas necesarias para continuar la infección.
4. Proteólisis. Mediante la proteasa del virus, las proteínas anteriores se escinden, dando lugar a las 16 proteínas no estructurales.
5. Transcripción/replicación. Algunas de las proteínas no estructurales, forman un complejo de replicación/transcripción, dependiente de la enzima polimerasa viral. Por un lado, se utiliza el ARN genómico como molde para replicarse y formar los genomas de las nuevas partículas virales. Por otro lado, se producen los llamados ARN subgenómicos a través del proceso de transcripción.
6. Transducción. Los ARN subgenómicos producidos en el proceso de transcripción, se traducen en las proteínas que conforman la estructura del virus (proteínas S, E, M y N). Estas proteínas estructurales ingresan en un compartimento de la célula huésped, llamado retículo endoplásmico, donde la proteína N se combina con el ARN genómico.

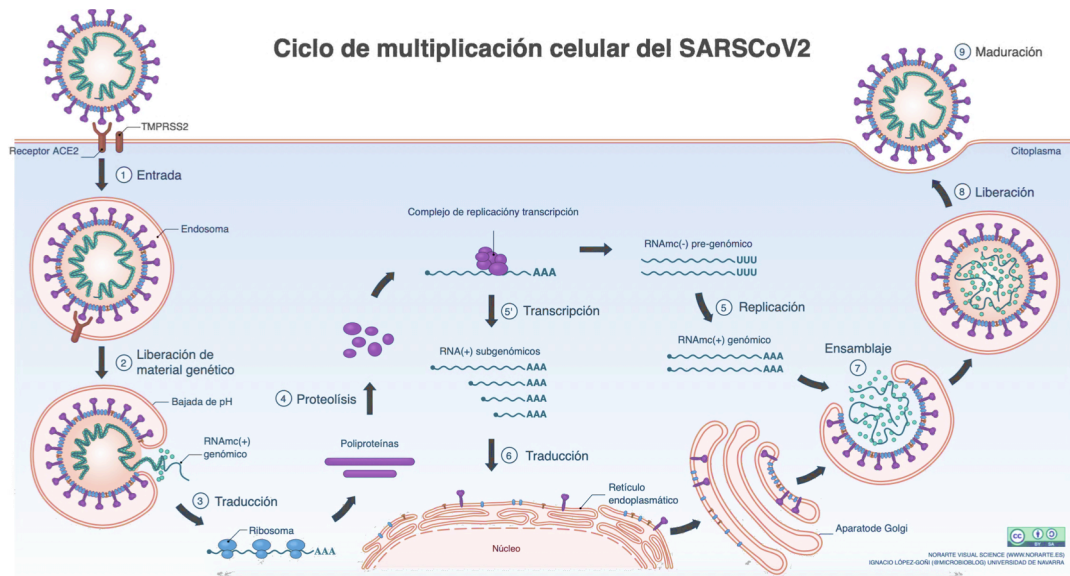


Imagen 3. Ciclo de replicación del SARS-CoV-2¹⁴.

7. Ensamblaje. El ensamblaje o formación de las nuevas partículas virales, se produce en los compartimentos celulares, retículo endoplásmico y aparato de Golgi.
8. Liberación. Las nuevas partículas virales, viajan al exterior de la célula para su liberación.
9. Maduración. Las nuevas partículas virales ya están preparadas para infectar nuevas células huéspedes y continuar con la infección.

III. RESPUESTA INMUNE FRENTE A LA INFECCIÓN POR SARS-COV-2.

Los científicos y médicos estamos aprendiendo mucho sobre la patogénesis del SARS-CoV-2. Es importante entender los mecanismos patogénicos que se producen en el pulmón de las infecciones por coronavirus, para el diseño de tratamientos y de una vacuna eficaz. El nuevo coronavirus no actúa igual en todos los individuos. Se han identificado pacientes que han estado expuestos al SARS-CoV-2 y no están infectados, como existen pacientes infectados que no desarrollan una enfermedad grave respiratoria. La infección por SARS-CoV-2 se puede dividir en tres etapas:

- Etapas I. Periodo de incubación asintomático, con o sin el virus detectable. El periodo de incubación varía entre 7 a 14 días, con una media de 5 a 7 días.
- Etapas II. Periodo sintomático leve, con virus detectable.
- Etapas III. Periodo sintomático grave, con alta carga viral.

Desde el punto de vista de la prevención, los pacientes asintomáticos, son portadores silenciosos y propagan el virus sin saberlo. Estos pacientes son los más difíciles de controlar. Una de las preguntas que se hace la comunidad científica, es porqué unos pacientes desarrollan la enfermedad de forma leve y otros pacientes evolucionan gravemente. Para intentar dar respuesta a esta cuestión, debemos conocer básicamente como funciona el sistema inmune. El sistema inmune protege al ser humano de invasores extraños como virus, bacterias, etc. Podemos diferenciar entre sistema inmune innato y adquirido.

- Sistema inmune innato. Es el sistema inmunitario con el que se nace y es el más rápido.
- Sistema inmune adquirido. Con ayuda del sistema inmunitario innato, el adquirido, produce anticuerpos para proteger el organismo de invasores.

La imagen 4, representa los diferentes tipos de células que participan en el sistema inmune, desde una visión general. Neutrófilos, basófilos, monocitos, eosinófilos, mastocitos, células o linfocitos B y T, macrófagos y células dendríticas, son las más destacadas.

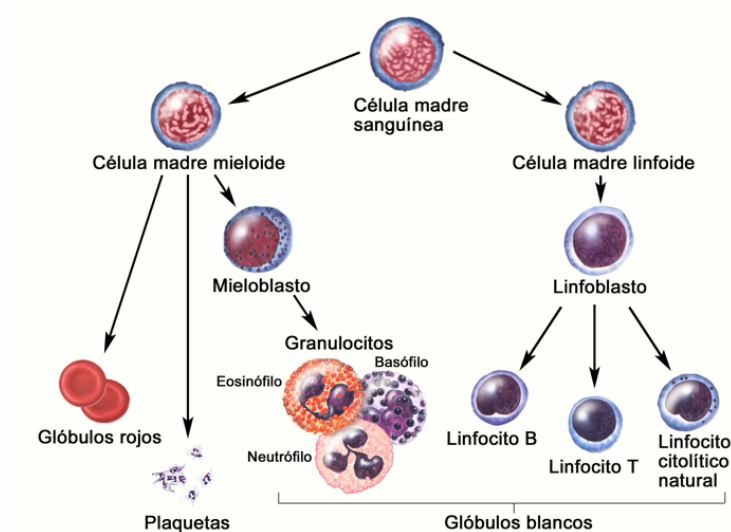


Imagen 4: Visión general de las células del sistema inmune¹⁵.

La imagen 5, representa una pequeñísima parte del sistema inmune innato, donde se encuentran las células presentadoras de antígeno, APC (color verde). Estas células, se encargan de captar, procesar, exponer o presentar antígenos, a los llamados linfocitos T (color azul). Una de las funciones de las APCs es la activación de la inmunidad celular (como macrófagos, células dendríticas,

linfocitos T cooperadores, y linfocitos T citotóxicos) y la otra función importante es la activación de la respuesta humoral o producción de anticuerpos.

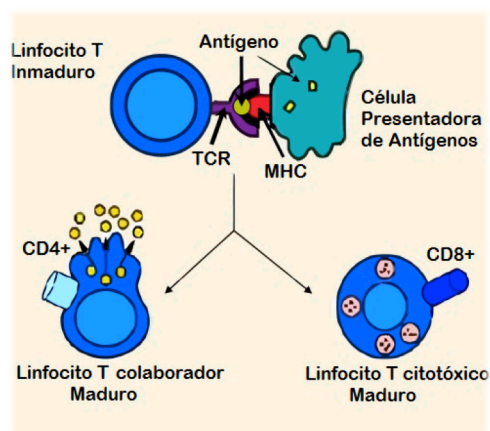


Imagen 5: Sistema inmune innato. Células presentadoras de antígeno¹⁶.

La presentación de los antígenos se realiza mediante el MHC o complejo mayor de histocompatibilidad, que básicamente es el HLA o antígeno leucocitario humano. El HLA es un complejo proteico, que se encuentra en la superficie de casi todas las células del organismo. El HLA es muy variable, y da lugar a los diferentes haplotipos de HLA. Diferentes haplotipos de HLA, están relacionados con distintas susceptibilidades a las enfermedades. Por ejemplo, los subtipos de HLA, como el HLA-A*11, HLA-B*35 Y HLA-DRB1*10, están asociados a infecciones por la Gripe A. En el caso de la enfermedad por COVID-19, dependiendo del estado general de salud del paciente y del haplotipo de HLA, eliminará la infección o se producirá una fuerte respuesta inflamatoria produciendo un daño especialmente en los pulmones. Es crítico identificar los subtipos de HLA, que induzcan una inmunidad protectora frente al nuevo coronavirus, para el desarrollo de vacunas y kits de detección del SARS-CoV-2 en la población.

Durante la infección por COVID-19, es necesario una respuesta inmune adaptativa (anticuerpos), en las etapas de incubación y leve, para que no se evolucione hacia la etapa grave de la enfermedad. Las estrategias de actuación en las primeras etapas de la infección (anti-sueros e Interferón alfa, IFN- α) son importantes en la producción de una respuesta inmune protectora. Para que el sistema inmune de un paciente infectado proteja en las etapas asintomáticas y leve, dependerá de la buena salud de la persona y de un perfil genético apropiado, que genere inmunidad específica contra el nuevo coronavirus. Se sabe de pacientes, que después de ser dados de alta en el hospital, han vuelto a dar positivos o han recaído. Esto significa, que en estos pacientes, la respuesta inmune encargada de la eliminación del virus, resulta difícil de inducir. Se deberían monitorizar los pacientes durante el desarrollo de la infección leve, como en su recuperación, para saber que mecanismos inmunes y genéticos son claves, para que la enfermedad no evolucione a severa.

Es común encontrar en el diagnóstico diferencial de COVID-19, un recuento alto de glóbulos blancos, asociado con linfocitopenia (número de linfocitos en sangre anormalmente bajo). Cuando el SARS-CoV-2 infecta la célula huésped, desencadena la estimulación de las células del sistema inmune innato, a través de las células presentadoras de antígeno, APC. Las APCs van a reconocer un antígeno del nuevo coronavirus y lo expondrán a los linfocitos T cooperadoras, estimulando la producción de anticuerpos, a la vez que se activarán los linfocitos T citotóxicos, uno de los responsables de atacar y matar las células infectadas por el coronavirus. Sin embargo, en los pacientes graves, las células T no están bien activadas por la infección del SARS-CoV-2.

En uno de los estudios en Wuhan, encontraron que los pacientes infectados por SARS-CoV-2, tenían un aumento de neutrófilos, interleucina 6 o IL-6 (intermediario inmune), proteína C reactiva y una disminución de linfocitos totales o linfocitopenia¹⁷. En otra investigación, se encontró una mayor expresión de otras citocinas (intermediarios inmunes) como la IL-1 e IL-17, y quimiocinas proinflamatorias (intermediarios inmunes), IP-10 (proteína inducida 10), MCP-1 (proteína quimiotáctica de monocitos 1) y TNF α ¹⁸ (factor de necrosis tumoral alfa).

La producción descontrolada de estos mediadores proinflamatorios del sistema inmune, contribuye a la “tormenta de citoquinas” o síndrome de tormenta de citoquinas y al síndrome de distrés respiratorio agudo, ARDS (en inglés, acute respiratory distress syndrome). Neutrófilos, macrófagos y otras células del sistema inmune (no infectadas) producen estas respuestas inflamatorias exageradas, en el sitio de infección por SARS-CoV-2, provocando daño tisular e inflamación sistémica, morbilidad y mortalidad. El bloqueo de la IL-6, IL-1 y TNF α , puede beneficiar a este tipo de pacientes. En algunos hospitales chinos, están utilizando células madre activadas con IFN- γ , para producir efectos antiinflamatorios que están ausentes en pacientes graves.

Las pruebas de anticuerpos, a diferencia de las de diagnóstico sirven para saber si una persona ha estado anteriormente infectada con síntomas o no, y cuanto se está extendiendo el virus. Se estima que el 80% de las personas infectadas por el SARS-CoV-2 son asintomáticas o presentan síntomas leves, mientras que el 20% restante se encuentran graves. Los anticuerpos que se producen en la infección por SARS-CoV-2, son las inmunoglobulinas, IgA, IgG e IgM¹⁹ específicas para el nuevo coronavirus. La IgM es el primer anticuerpo producido, la IgA es clave en la inmunidad de la mucosa y la IgG está relacionada con la respuesta inmune de memoria. En un estudio chino²⁰, se ha investigado la correlación de la edad con la respuesta IgG. En mujeres mayores de 40 años, la respuesta IgG frente a las proteínas S y N del virus era más fuerte que en las mujeres de menor edad. Sin embargo, la respuesta IgG frente a la proteína S, no era muy significativa en los pacientes masculinos mayores de 40 años. La respuesta de anticuerpos frente al virus SARS-CoV-2 puede diferir entre hombres y mujeres, ya que esta respuesta parece más eficiente en pacientes femeninos que en masculinos. También se comprobó la correlación entre el aumento de la IgG específica y un aumento de la enzima lactato

deshidrogenasa, LDH en mujeres. En este estudio, se vieron casos en pacientes convalecientes, en los que los niveles de IgG específicos a los 22 días del comienzo de los síntomas, eran mucho mayores que los niveles de IgM específicos para el SARS-CoV-2. Esto sugiere que los pacientes de edad avanzada y masculinos conforman los casos más graves, aunque la razón no está clara.

Aunque la mayoría de las personas que han pasado la enfermedad producen anticuerpos, aún no se sabe si son suficientes para protegerse de la infección. En el amplio espectro de patógenos existentes, el Síndrome de inmunodeficiencia humana (VIH), generan gran cantidad de anticuerpos que no confieren inmunidad a los pacientes. La vacuna contra la bacteria que produce el tétano, tampoco genera protección total, ya que son necesarias dosis de refuerzo. En el otro extremo, el virus que produce la varicela-zoster si produce una cierta inmunidad.

La respuesta inmune del SARS-CoV-2, es muy similar al del SARS-CoV, ya que comparten aproximadamente el 80% de homología del ARN. Por lo tanto, es probable que utilice mecanismos de evasión del sistema inmune parecidos a la de los otros coronavirus. Esperemos que las investigaciones anteriores sobre coronavirus y las recientes sobre el SARS-CoV-2, ayuden a combatir esta infección que resulta tan contagiosa y mortal para el ser humano.

IV. TRANSMISIÓN Y DIAGNÓSTICO DEL VIRUS SARS-COV-2.

Cuando un patógeno se propaga rápidamente por la población en una concentración más alta de lo habitual y provoca una enfermedad, se produce una epidemia. Denominamos pandemia, cuando una enfermedad se transmite a nivel global. Las enfermedades infecciosas emergentes suponen una amenaza para la salud mundial y ya desde el 1980, se han identificado 150 patógenos que infectan al ser humano. En los últimos años las epidemias se superponen y como hemos visto en la pandemia de COVID-19, los sistemas de salud no están preparados para hacer frente a continuas emergencias de salud pública. En las últimas dos décadas se han producido dos brotes de infecciones por coronavirus, SARS-CoV y MERS-CoV. Estos dos tipos de coronavirus causan enfermedades graves en comparación con otros tipos que producen un resfriado común. El SARS-CoV, se propagó en el 2002 por China, Singapur, Corea del Sur, Hong Kong y Canadá, mientras que el MERS-CoV, se extendió por la península arábiga.

El SARS-CoV-2 se extendió desde la ciudad china de Wuhan al resto del mundo mediante los medios de transporte. El 13 de enero de 2020 se identificó en Tailandia, el primer caso de COVID-19 fuera de China y el 19 de enero, se extendió a otras ciudades como Pekín y Guangdong. Posteriormente, el 21 de enero, se detectaron casos de la infección en Estados Unidos y Taiwán. La infección llegó a Europa un poco más tarde, el 25 de enero se detectó en Francia, el 27 de enero en Alemania, 31 de enero en Italia y en España se

detectó el mismo día. En la mayor parte de países, las estrategias de contención de la infección no han dado resultados positivos, salvo en algunos países como en Singapur, Alemania y Nueva Zelanda. Singapur aprendió de epidemias anteriores, como el brote de fiebre aftosa en el 2000 o la gripe N1N1 en el 2009. El éxito de Nueva Zelanda se ha basado en la respuesta rápida y temprana frente a la pandemia de COVID-19, ya que las pocas personas que se infectaron se pusieron en cuarentena, junto con los contactos con los que habían tenido relación, evitando que la infección se propagara por el resto del país.

El nuevo coronavirus SARS-CoV-2 produce una gran variedad de síntomas como dificultad respiratoria, tos, fiebre, diarrea, fatiga y neumonía entre otros síntomas. En la mayor parte de los pacientes, produce síntomas leves pero puede producir la muerte en aquellas personas de mediana edad y ancianos con patologías previas.

En cuanto a la transmisión²¹ del SARS-CoV-2 puede producirse por tres rutas principalmente:

- Transmisión por gotitas. La transmisión de la infección se produce por gotitas respiratorias mediante tos o estornudos.
- Transmisión por contacto. La transmisión de la infección se produce cuando una persona entra en contacto con superficies contaminadas.
- Transmisión por aerosoles. La transmisión de la infección se produce cuando las gotitas respiratorias que contienen el virus, se mezclan con el aire y forman aerosoles.

En un estudio publicado en la revista The New England Journal of Medicine²², se evaluó la estabilidad del virus en diferentes superficies. Se encontró que el SARS-CoV-2, era más estable en plástico y acero que en cartón. Dependiendo de la carga viral utilizada en los ensayos, se estimó que la vida media del virus en acero era de 5.6 horas, mientras que en plástico era de 6.8 horas. Uno de los mayores riesgos de este nuevo coronavirus es su transmisión por personas que no presentan síntomas, pero tiene el virus activo. Durante la fase de incubación que puede durar entre 6 y 15 días, la persona infectada no presenta síntomas, pero puede transmitir el virus en menor proporción que cuando presentan síntomas.

La principal diferencia con el SARS-CoV es la alta carga viral concentrada en el tracto respiratorio superior de los individuos infectados, y la transmisión del SARS-CoV-2 por personas asintomáticas. No está claro que porcentaje de personas asintomáticas, transmiten el virus, pero son las responsables de más contagios de los que se esperaba al principio de la epidemia.

Existen varias pruebas para el diagnóstico de la infección por SARS-CoV-2, como la técnica de la RT-PCR o reacción en cadena de la polimerasa con transcripción inversa y las pruebas de anticuerpos. El test de RT-PCR, consiste en la detección del genoma viral y puede demorarse horas. Más rápido, es el

test de anticuerpos, en los que se detecta la presencia de las inmunoglobulinas IgG e IgM específicas para el nuevo coronavirus.

Desde un punto de vista económico, es primordial evitar la transmisión del SARS-CoV-2, ya que afecta al crecimiento de un país, por la limitación de movimiento de personas, el control de la infección y la posterior prevención. Mientras que no exista una vacuna frente al SARS-CoV2, resulta fundamental el diagnóstico temprano de nuevos brotes de la infección así como el aislamiento de las personas infectadas de manera local.

V. TRATAMIENTOS FRENTE A LA ENFERMEDAD COVID-19.

Estudios anteriores de brotes del SARS-CoV, MERS-CoV y una pequeña cohorte de pacientes de COVID-19 sugieren una serie de factores de riesgo como la vejez, diabetes, obesidad, sexo masculino, enfermedad coronaria, enfermedad renal y enfermedad pulmonar. Debido a la rápida propagación del SARS-CoV-2, hay pocos estudios sobre tratamientos y vacunas. No existe un tratamiento específico para la infección del SARS-COV-2, aunque se están llevando a cabo ensayos clínicos.

Los principales síntomas de COVID-19 causados por el SARS-CoV-2 son fiebre, tos seca y fatiga. Algunos pacientes pueden tener secreción nasal, dolor de garganta y diarrea. Otros pacientes pueden tener disnea, y aquellos que tienen una forma grave de COVID-19 pueden progresar rápidamente a síndrome de dificultad respiratoria aguda, disfunción de la coagulación y shock séptico.

En la actualidad, los pacientes de COVID-19 reciben tratamientos para los sintomáticos y terapia de apoyo. El tratamiento básico incluye alivio de los síntomas, tratamiento de apoyo de los órganos internos, tratamiento de complicaciones y soporte respiratorio, en el caso que sea necesario. Las personas que reciben inmunomoduladores por patologías previas, pueden ser propensas a infecciones bacterianas, si contraen COVID-19, ya que una característica de esta infección es la linfopenia o disminución de linfocitos, por tanto, se recomienda el uso de antibióticos en estos casos. Existen varios tratamientos en estudio que se están utilizando en la actual pandemia de COVID-19:

- Hidroxi-cloroquina. Este medicamento es un inmunomodulador que se emplea para el tratamiento del Lupus y de la Artritis Reumatoide. Sus derivados de sulfato y fosfato se administran como antipalúdicos. La cloroquina, tiene actividad antiviral frente a otros virus como la influenza, el SARS-CoV y otros coronavirus estacionales. En el SARS-CoV-2, actúa en la entrada del virus, interfiriendo con el receptor ACE2 y alcalinizando el endosoma. Cuando el virus se fusiona con la célula huésped, formando un endosoma, al ser la cloroquina una base débil, baja el pH del endosoma y evita que el virus siga su ciclo²³. En otro estudio²⁴, se ha comprobado que la cloroquina en dosis alta en pacientes graves,

aumentaba la mortalidad. Los autores concluyeron que la administración de cloroquina a dosis altas durante 10 días, no era seguro para los pacientes graves de COVID-19. La hidroxi-cloroquina produce la disminución de las inmunoglobulinas IL-1 e IL-6 y su efecto inmunomodulador, aumentaría su efecto terapéutico, cuando los pacientes empeoran por la activación de macrófagos y la “tormenta de citocinas”. La hidroxi-cloroquina también tiene efectos antitrombóticos, lo cual, es beneficioso en pacientes infectados por SARS-CoV-2, que pueden presentar formación de micro-trombos al activarse la coagulación por la lesión endotelial. En cuanto a los efectos secundarios, incluyen miocardiopatía, retinopatía e hipoglucemia.

- Azitromicina. Es una base débil y pertenece a los antibióticos macrólidos. Alcaliniza los endosomas como la hidroxi-cloroquina. Tiene efectos antimicrobianos y se utiliza en pacientes con enfermedades pulmonares crónicas. En la infección por SARS-CoV-2, se administra junto con la hidroxi-cloroquina. La azitromicina y la hidroxi-cloroquina, pueden aumentar el riesgo de taquicardia y muerte súbita.
- Remdesevir y análogos de nucleósidos. Los análogos de nucleósidos se están utilizando como tratamiento para pacientes con COVID-19. Entre ellos, destacan el favipinavir, geldesevir, ribavirina y remdesevir. El remdesevir, se desarrolló para el tratamiento del virus del ébola y virus Marburg. Tiene efecto antiviral in vitro en el SARS-CoV y MERS-CoV. El mecanismo de acción del remdesevir, está relacionado con la inhibición de la ARN polimerasa viral, durante la síntesis del ARN en el interior de la célula. Originalmente, el antiviral remdesevir se probó en el Instituto de investigación de Wuhan en cultivos celulares y en enero de 2020 se administró a un paciente de COVID-19. Parece que el remdesevir es un buen candidato para tratar la neumonía causada por el SARS-CoV-2.
- Inhibidores de la proteasa Lopinavir/ritonavir. Conocidos también como Kaletra®, son antiretrovirales, utilizados para el tratamiento del VIH. Al actuar sobre la proteasa viral, impiden que se formen nuevas partículas virales. Al metabolizarse en el hígado, está contraindicado en los pacientes con un historial de insuficiencia hepática²⁵. El lopinavir/ritonavir junto con la ribavirina, se han utilizado en la etapa temprana de la infección. Nelfinavir, otro inhibidor de la proteasa del VIH, es prometedor para el tratamiento de COVID-19.
- ACE2 soluble recombinante. Como el receptor ACE2 resulta clave para la entrada del virus en la célula, se ha sugerido una terapia para bloquear ACE2, sin embargo, la disminución de este receptor, podría agravar la enfermedad. La administración de ACE2 humano recombinante se encuentra en fase de estudio y los primeros ensayos ya se han publicado²⁶.
- Interferones tipo 1. El SARS-CoV-2 inhibe la expresión de interferones de tipo 1. Pacientes con SARS-CoV y MERS-CoV se trataron con

interferones recombinantes pero no quedó clara su eficacia. In vitro, se cultivaron IFN- α 2a, IFN- α 2b, IFN- β 1a e IFN- β 1b con los virus SARS-CoV, MERS-CoV y SARS-CoV-2 y se demostró su actividad antiviral. Se requieren más investigaciones sobre el papel de los interferones en la prevención del daño pulmonar.

- Corticoides. Los corticoides se pueden utilizar para limitar el daño pulmonar producido por la fuerte respuesta inflamatoria. Se pueden combinar con un suplemento de oxígeno y ventilación mecánica en aquellos casos con insuficiencia respiratoria. En el brote de SARS-CoV, se administró metilprednisolona a dosis altas y se noto una mejoría, pero el papel de los corticoides y el tratamiento con interferones, requieren más investigaciones.
- Quinolonas y cefalosporinas. Oral o intravenosas se administran si la fiebre dura más de 7 días.
- Probióticos. Los pacientes pueden ser tratados con probióticos para aliviar los síntomas gastrointestinales, ya que el SARS-CoV-2, también puede infectar células intestinales al contener el receptor ACE2.
- Plasma de pacientes convalecientes. Como posible tratamiento para pacientes con COVID-19, se está considerando, la utilización del plasma de individuos después de resolverse la enfermedad, ya que son ricos en inmunoglobulinas²⁷. Sin embargo, faltan datos para su uso en pacientes infectados por SARS-CoV-2.
- Falvinaipir. Los virus de la gripe A, B y C han sido tratados con éxito con falvinaipir. El falvinaipir es reconocido como sustrato de la enzima ARN polimerasa viral en varios virus ARN. En marzo de 2020, fue aprobado en China para el tratamiento de COVID-19. Se están llevando a cabo estudios clínicos combinando falvinaipir e interferón alfa y falvinaipir más baloxavir marboxil.
- Ribavirina. Es un antiviral análogo de guanosina, utilizado en otras infecciones como en el virus de la hepatitis C, virus sincitial respiratorio o RSV y en algunas fiebres hemorrágicas. La actividad antiviral in vitro contra el SARS-CoV-2, se estima en una concentración de 50 μ g/ml. El efecto adverso que tiene es la bajada de la hemoglobina, contraindicado en la insuficiencia respiratoria.

En los Estados Unidos, están probando un tratamiento israelí en pacientes con alto riesgo de muerte, por insuficiencia orgánica multisistémica. La empresa de biotecnología con sede en Haifa, utiliza células alogénicas de placenta expandida (PLX), procedentes de placentas en el momento del parto de mujeres menores de 35 años. Este tipo de células puede suprimir la sobreactivación del sistema inmune que causa la muerte por COVID-19²⁸. El mundo está desesperado por encontrar tratamientos que frenen el avance del SARS-CoV-2, por eso investigadores de todo el mundo, trabajan contra reloj para encontrar un tratamiento eficaz.

VI. DIVERSIDAD DE MUTACIONES ENCONTRADAS EN EL VIRUS SARS-COV-2

El SARS-CoV-2 tiene una alta tasa de mutación en su genoma como el resto de virus ARN. Las mutaciones o cambios en su material genético son habituales en la vida de un virus ARN. El ciclo de copia del virus puede ser del orden de horas, durante las cuales, se van acumulando mutaciones, de tal forma, que una misma persona infectada puede tener una población diversa de virus en su organismo.

Algunas mutaciones afectan a la funcionalidad de un virus, mientras otras no son relevantes. La mayoría de las mutaciones funcionales de un virus, afectan de manera negativa y se eliminan por selección natural. El modo de transmisión y virulencia están controlados por múltiples genes de un virus, el cual requiere de una gran variedad de mutaciones para evolucionar. Es difícil cuantificar la relevancia de las mutaciones en un virus como explica Nathan D. Grubaugh²⁹. En una investigación de la división de Microbiología clínica de la Universidad de Pittsburgh³⁰, se estudió la variación genética del SARS-CoV-2 en un número representativo de pacientes infectados procedentes de varios países, como China, Japón, Estados Unidos, Bélgica y Australia, entre otros, identificándose cuarenta y dos mutaciones en las proteínas del virus. Tres de ellas, se encontraron en la proteína espiga del virus que se une al receptor celular, para su entrada en la célula huésped. Estas mutaciones podrían cambiar la configuración espacial de la proteína S y alterar la antigenicidad, pero son necesarios más estudios para conocer mejor la variabilidad genética del nuevo coronavirus. La caracterización de mutaciones del SARS-CoV-2 proporciona información valiosa para conocer los mecanismos por los que el virus se evade del sistema inmune o su resistencia a los antivirales.

Maria Pachetti³¹ y sus colegas de la Universidad de Trieste y de la Universidad de Maryland, han analizado puntos críticos de mutación recurrentes en diversas áreas geográficas de Asia, Oceanía, Europa y América del Norte. Seleccionaron al azar 220 genomas completos del SARS-CoV-2 de la base de datos GISAID y las compararon con un genoma de referencia del SARS-CoV-2. Los genomas del grupo de Oceanía pertenecían a pacientes australianos. El grupo asiático lo conformaban genomas de pacientes procedentes de China, Japón e India. En el grupo europeo los genomas procedían de la Unión Europea (España, Italia, Portugal, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Francia, Suiza, Suecia, Finlandia y Dinamarca). Por último, el grupo de América del Norte, procedían de pacientes estadounidenses y canadienses. Se analizó la frecuencia de las mutaciones que aparecían en cada grupo y encontraron que la aparición y el número de mutaciones aumentaba en los genomas procedentes de Europa y América del Norte. También descubrieron que las cepas de los grupos europeos y norteamericanos procedían de la cepa L, asiática. Durante el tiempo de propagación de la infección, observaron que el número de mutaciones aumentaba en Europa.

En la imagen 6, se representa el porcentaje de frecuencia de mutación que ha aparecido en diferentes proteínas del SARS-CoV-2 (diferentes colores), en los cuatro grupos geográficos analizados. En la figura se muestra que la frecuencia

de mutación es mayor en Europa y Norteamérica respecto a los genomas asiáticos. Las mutaciones de color negro, rojo, azul eléctrico y verde claro, se muestran principalmente en Europa, mientras que las mutaciones rosa, púrpura y azul claro se presentan en América del Norte.

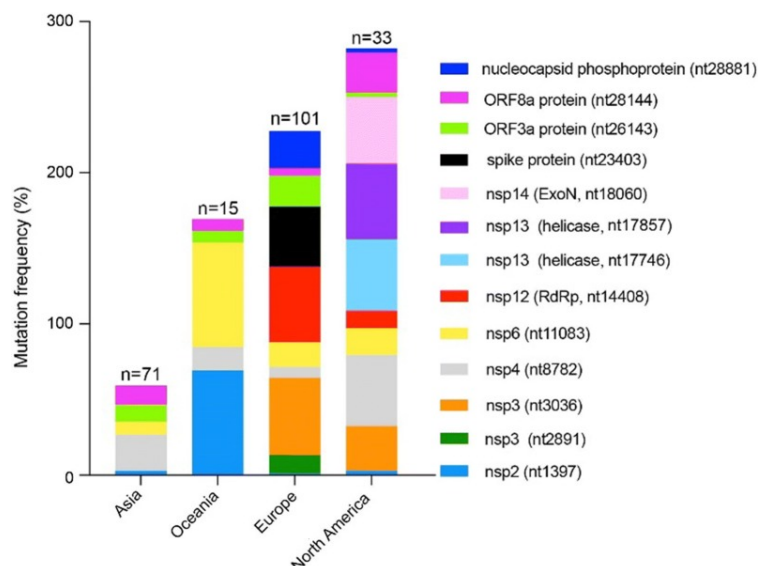


Imagen 6. Representación del porcentaje de frecuencia de mutación.

En la imagen 7, los investigadores representaron las diferentes mutaciones en varias proteínas (diversos colores) del SARS-CoV-2 que se conservaban con el tiempo y otras nuevas mutaciones que aparecían en diversas áreas geográficas.

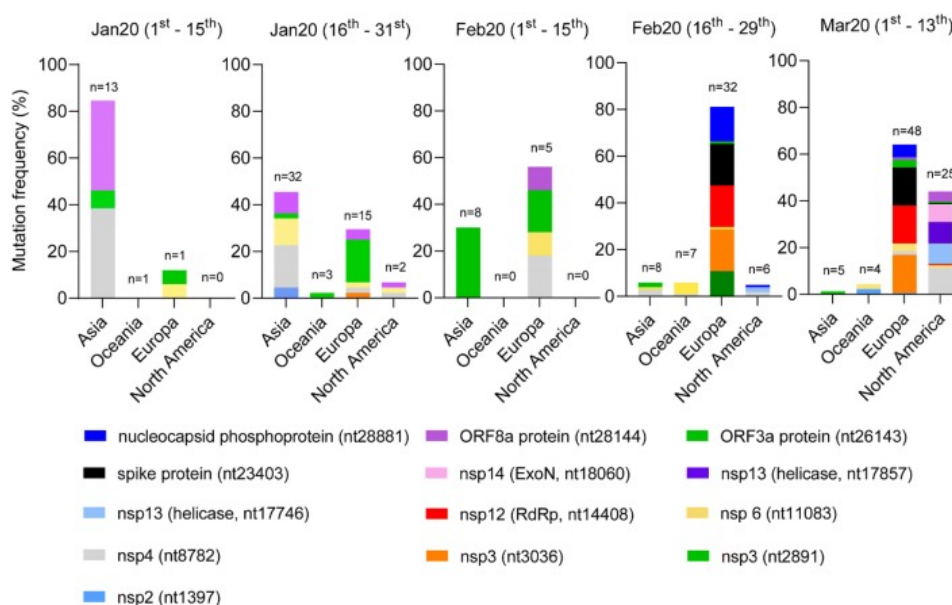


Imagen 7. Mutaciones en el tiempo de diversas áreas geográficas.

Como se puede comprobar, entre el 16 de febrero y el 29 de febrero de 2020, sorprendentemente se identificaron nuevas mutaciones en Europa (color negro, azul eléctrico y verde oscuro) y la representada en naranja, ya presente en enero, aumentó su frecuencia. Del 1 al 13 de marzo de 2020, los investigadores identificaron nuevas mutaciones en América del Norte. Una explicación sobre la gran virulencia del SARS-CoV-2 en Europa y América del Norte, podría ser la aparición de esas mutaciones, pero con tan solo estos datos no se puede confirmar.

VII. DIFERENTES RESPUESTAS FRENTE A LA PANDEMIA DE COVID-19

Muchos países están saliendo del bloqueo incluso cuando los científicos estamos advirtiéndolo que habrá una nueva ola de infecciones por COVID-19. Aunque el impacto negativo en la economía y la salud pública se podría evitar o minimizar si se actúa con rapidez y destreza.

A partir del 11 de marzo de 2020, fecha en la que la OMS declara la pandemia de COVID-19, los países empezaron a tomar medidas de contención de la infección, pero ya era tarde, puesto que docenas de países ya registraban más de 100 casos. Aquellos gobiernos que no pusieron en marcha medidas de contención rápidas y eficaces cuando apareció la infección en sus países, han tenido ocho veces más muertes por cada 100.000 habitantes, que aquellos que actuaron rápido incluso antes de confirmar sus primeros casos. Según Mark Dybul, profesor de salud global en el Centro Médico de la Universidad de Georgetown, “Si usted es lento, tiene un número de infecciones mucho mayor y eso es más difícil de controlar”. Desde el comienzo de una epidemia, cada día que pasa cuenta. Los países que reaccionaron más lentamente han tenido un mayor número de muertes, independientemente de sus medidas de restricción.

En la siguiente gráfica, se representan la media de muertes por millón de habitantes dependiendo de los diferentes tipos de respuesta frente a la pandemia de COVID-19:

- Respuestas fuertes. Fueron aquellas respuestas cuyo puntación de rigurosidad máxima fue mayor o igual al promedio de la puntación máxima de todos los países.
- Respuestas débiles. Fueron aquellas respuestas inferiores a la media.
- Respuestas rápidas. Fueron aquellas respuestas en las que los días transcurridos desde que se detectó el primer caso y la implantación máxima de las restricciones, fue menor o igual que el número promedio de días en el resto de países.
- Respuestas lentas. Fueron aquellas respuestas, con un número de días superior a la media.

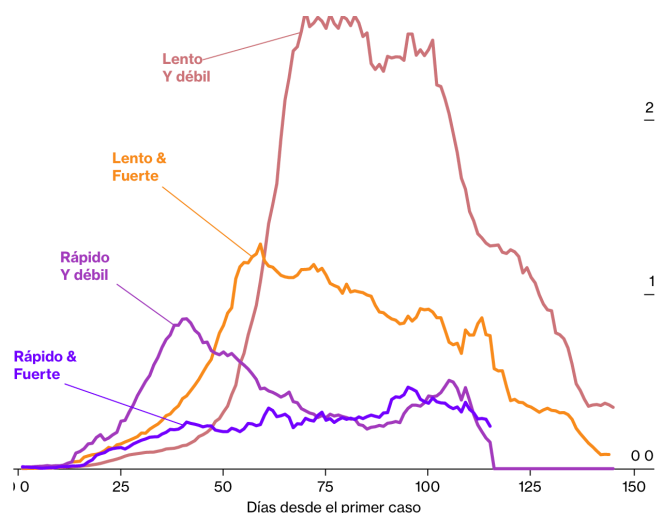


Imagen 8. Tipos de respuestas frente a la pandemia de COVID-19.

Los datos de la gráfica de la imagen 8 corresponden a partir del 14 de junio de 2020³² y las muertes representadas son un promedio de siete días. Las respuestas rápidas se dieron en aquellos gobiernos que implementaron sus medidas de contención dentro de los primeros 35 días desde que se notificó el primer caso de infección. En cuanto a las respuestas lentas, fueron aquellas en las que se incluyeron las estrategias de inmunidad de grupo como en el caso del Reino Unido o se implementaron gradualmente las restricciones a medida que las infecciones aumentaban. Aquellos países que implementaron restricciones en el tamaño de las reuniones y los viajes nacionales e internacionales, tuvieron una respuesta más fuerte. Sin embargo, aquellos países como Japón, que no limitó los viajes en metro ni limitó las reuniones tuvieron respuestas más débiles. Casi todos los países impusieron límites de movimientos y reuniones, como cierres de colegios y de fronteras, pero hubo otros países como Argentina que fueron más allá. Argentina obtuvo una mayor puntuación en el índice de rigurosidad de Oxford³³. El índice de rigurosidad registra la rigurosidad del bloqueo en el comportamiento de las personas. Se cerraron escuelas y servicios no esenciales, el transporte interurbano fue suspendido, se cerraron las fronteras internacionales (incluso para los ciudadanos) y se instalaron controles en carreteras para aquellos que incumplían la cuarentena, con penas de prisión de hasta dos años. No obstante, Brasil adoptó la estrategia opuesta. La respuesta de Brasil liderada por el presidente Jair Bolsonaro fue tardía, con un número de muertos 11 veces superior a la de Argentina por cada 100.000 habitantes, ya que incluso, alentó a volver al trabajo.

Uno de los primeros países en enterarse de la aparición de una nueva neumonía producida por un coronavirus parecido al SARS que se estaba propagando por China fue Taiwán. El gobierno taiwanés, se enteró de la epidemia, por declaraciones de profesionales médicos en las redes sociales chinas. Este país actuó rápidamente, cancelando todos los vuelos procedentes

de Wuhan, estableciendo controles de temperatura en los aeropuertos, cuarentenas forzadas para los casos detectados y rastreo de contactos. Taiwán reaccionó rápido por su experiencia con la epidemia de SARS-CoV en 2003, construyendo un sistema de respuesta de emergencia frente a enfermedades infecciosas. Durante años, permanecieron en alerta y mantuvieron este sistema de respuesta para contener el virus. Cuando surgió el SARS-CoV-2, lo trataron como una epidemia grave desde el primer día. Desde el primer caso de COVID-19, Taiwán ha informado de menos de 500 casos de infección y tan solo 7 muertes.

Nueva Zelanda impuso en tan solo 27 días uno de los bloqueos más estrictos y rápidos del mundo. Antes de informar de una sola infección, canceló todos los vuelos a China y cuando reportó que el primer caso de COVID-19 provenía de Irán, también cerró frontera con este país. Al detectar las 28 infecciones siguientes la primera ministra, Jacinda Arden, cerró la frontera a toda persona que no fuera residente permanente, estudiante extranjero o trabajadores temporales. Una semana más tarde, se cerraron los colegios, trabajos no esenciales y transportes públicos, prohibió las reuniones y ordenó que los ciudadanos se quedaran en casa. El fin del confinamiento de siete semanas llegó el 14 de mayo de 2020 y el distanciamiento social se levantó el 8 de junio de 2020 cuando llevaban dos semanas sin ningún caso de infección, pero dos ciudadanos que llegaron del Reino Unido el 16 junio de 2020 estaban infectados a pesar de que las fronteras estaban cerradas a los extranjeros.

La respuesta de Estados Unidos a la infección por SARS-CoV-2 fue más lenta y débil que otros muchos países. A pesar de que el primer caso se detectó en enero no cerraron colegios y no cancelaron reuniones hasta mediados de marzo de 2020. El confinamiento se llevó a cabo por los gobiernos estatales y locales, que no estaban seguros de la gravedad de la pandemia y pensaron que el confinamiento total no valía la pena por el impacto negativo que tendría en sus economías. A pesar del cierre de fronteras con China y más tarde con Europa, los ciudadanos americanos continuaban viajando entre estados. Puede que Estados Unidos, no esté preparada para una segunda ola de infecciones si la movilidad de ciudadanos, se queda en manos de los estados. Otros países como Alemania o Corea del Sur detuvieron los primeros brotes de la infección de una forma más localizada, haciendo uso de los test de diagnóstico y rastreo de contactos.

Los gobiernos están llegando a acuerdos para que sus ciudadanos, viajen entre países, pero aquellos que están reportando un mayor número de casos se están quedando fuera. Por ejemplo, Noruega ha abierto frontera a todos sus vecinos nórdicos excepto a Suecia que evitó el confinamiento total. Según Stephen Morrison, director del Centro de Política Global de Salud del Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales de Washington, declaró que las respuestas de los países frente a brotes de COVID-19 será diferente, siendo bastante variada la recuperación, ya que muchos países tendrán subidas y bajadas de las infecciones.

VIII. Bibliografía

1. Yan-Rong Guo et al. The origin, transmission and clinical therapies on coronavirus disease 2019 (COVID-19) outbreak – an update on the status. *Military Medical Research* 7, Article number: 11 (2020).
2. Zhu N, Zhang D, Wang W, Li X, Yang B, Song J, et al. A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. *N Engl J Med.* 2020;382(8):727–33.
3. Drosten et al. Identification of a novel coronavirus in patients with severe acute respiratory syndrome. *N Engl J Med.* 2003 May15;348(20):1967-76.
4. Zaika AM et al. Isolation of a novel coronavirus from a man with phenumonia in Saudi Arabia. *N Engl J Med.* 2012 Nov 8;367(19):1814-20.
5. Wang C et al. The establishment of reference sequence for SARS-CoV-2 and variation analysis. *J Med Virology* 2020.
6. World- Health-Organization Update 49 - SARS case fatality ratio, incubation period. January 2020.
7. World- Health-Organization Middle East respiratory syndrome coronavirus (MERS-CoV). January 2020.
8. Marta Giovanetti. The first two cases of 2019-nCoV in Italy: Where they come from? *J Med Virol.* 2020, 92(5): 518-521.
9. Carmen Aguilar García, Philip Whiteside y Rajpreet Malli. Sky news. Virus Outbreak.
10. Worldometer info, 2020.
11. Imagen 1. Raphael Dunant, Gajmar (maintainer). Covid-19 data and Population. Wikipedia. Blank Map World Secondary Political Divisions.svg.
12. Alexandra C. Walls. (2020). Structure, Function, and Antigenicity of the SARS-CoV-2 Spike Glycoprotein. *Cell*.
13. Imagen 2. Estructura del SARS-CoV-2. (2020). Asociación española de pediatría. Coronavirus: medidas de control y prevención mediante vacunas.
14. Imagen 3. Ignacio López Goñi. (@microbioblog), Universidad de Navarra. Norarte visual science.
15. Imagen 4. Terese Winslow. Visión general de las células del sistema inmunitario. U.S. Govt.
16. Imagen 5. Células presentadoras de antígeno. Wikimedia.
17. Chen N. Epidemiological and clinical characteristics of 99 cases of 2019 novel coronavirus pneumonia in Wuhan, China: a descriptive study. *Lancet.* 2020; 395: 507-513.
18. Huang C. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. *Lancet.* 2020; 395: 497-506.
19. Li X. Molecular immune pathogenesis and diagnosis of COVID-19. *J Pharm Anal.* 2020.
20. He-Wei Jiang. Global profiling of SARS-CoV-2 specific IgG/ IgM responses of convalescents using a proteome microarray. *MedRxiv*, 2020.
21. Sasmita Poudel. Epidemiology, causes, clinical manifestation and diagnosis, prevention and control of coronavirus disease (COVID-19) during the early outbreak period: a scoping review. *Infect Dis Poverty.* 2020; 9: 29.
22. Van Doremalen. Aerosol and surface stability of SARS-CoV-2 as compared with SARS-Cov-1. *N Engl J Med* 2020; 382:1564-1567.
23. Vicent M.J. Chloroquine is a potent inhibitor of SARS coronavirus infection and spread. *Virol. J.* 2005; 2:69.
24. Silvia Chloroquine diphosphate in two different dosages as adjunctive therapy of hospitalized patients with severe respiratory syndrome in the context of coronavirus (SARS-CoV-2) infection: Preliminary safety results of a randomized, double-blinded, phase IIb clinical trial (CloroCovid-19 Study). *MedRxiv Preprint*, 2020.
25. Chandwani A. Lopinavir/ritonavir in the treatment of HIV-1 infection: a review. *Ther. Clin. Risk Manag.* 2008;4(5):1023–1033.
26. Khan A. A pilot clinical trial of recombinant human angiotensin-converting enzyme 2 in acute respiratory distress syndrome. *Crit. Care.* 2017;21(1):234
27. Bloch E. M. Deployment of convalescent plasma for the prevention and treatment of COVID-19. *J. Clin. Invest.* 2020.
28. Emily Jones. Israeli COVID-19 Treatment W. ith 100% Survival Rate Tested on First US Patient. Israel, CBN News,2020.
29. Nathan D. Grubaugh. (2020). We shouldn't worry when a virus mutates during disease outbreaks. *Nature Microbiology*, Vol 5, pages 529-530.
30. Tung Phan. (2020). Genetic diversity and evolution of SARS-CoV-2. Infection, genetics and evolution.
31. Imagen 6 y 7. Maria Pachetti. (2020). Emerging SARS-CoV-2 mutation hot spots include a novel RNA-dependent-RNA polymerase variant. *Journal Transl Med.* 2020; 18:179.
32. Imagen 8. Chloe Whiteaker, Adrian Leung y Jeremy Scott Diamond. Bloomberg, junio de 2020.
33. Escuela de Gobierno Blavatnik de la Universidad de Oxford. Junio de 2020.

LA INTEGRACIÓN DEL INMIGRANTE EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XXI

THE INTEGRATION OF THE IMMIGRANT IN 21ST CENTURY SPAIN

Dra. Ana María López Narbona
Profesora Asociada. Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 10 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2020

RESUMEN: La integración de los inmigrantes en el siglo XXI exige un replanteamiento del problema hobbesiano del orden. Partiendo de las nuevas teorías del proceso de integración, la autora identifica índices de integración sobre la base de la descripción del tipo y grado de integración que expresan los encuestados (inmigrantes y nacionales) en sus respuestas en la Encuesta Social Europea.

ABSTRACT: The integration of immigrants in XXI century requires the reassessment of the Hobbesian problem of order. Taking into account the new theories of the integration process, the author identifies integration indices using the description of the type and degree of integration that interviewees (immigrants and nationals) express in their answers to the European Social Survey.

PALABRAS CLAVE: inmigración, integración, problema hobbesiano del orden, discriminación.

KEYWORDS: immigration, integration, Hobbesian problem of order, discrimination.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS NUEVAS TEORÍAS SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES. LA INELUDIBLE CUESTIÓN DE LAS EMOCIONES. 3.1. La teoría de la asimilación segmentada. 3.2. La teoría de la integración desagregada. 3.3. La teoría de la integración como sistema de relaciones. 3.4. La nueva teoría de la integración intergeneracional. 3.5. La ineludible cuestión de las emociones. 4. UN ÍNDICE SINTÉTICO DE INTEGRACIÓN. 4.1. Resultados. Resultados 1. Análisis longitudinal. Resultados 2. Análisis transnacional. 4.2. Discusión. 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El problema de la integración de los inmigrantes en el siglo XXI exige un replanteamiento del problema hobbesiano del orden, como ya hiciera en su día Talcott Parsons. ¿Cómo puede un sistema político conseguir la estabilidad y la legitimación mediante la reconstrucción de los lazos comunitarios de civismo y tolerancia (orden social moral) teniendo en cuenta los conflictos y divisiones causados por la pluralidad de valores universales y de intereses individuales (Ellis, 1971)? Favell (1998) establece como condición previa la revisión de conceptos como ciudadanía, nacionalidad, pluralismo, autonomía, igualdad y equidad, orden público y tolerancia, desde la perspectiva de la teoría o la filosofía política. Wieviorka (2008) propugna la gestión democrática de los valores e intereses en conflicto.

La formulación del problema plantea una cuestión teórica fundamental pues no se refiere sólo a la integración de nuevas minorías étnicas sino a la cuestión más general del pegamento o cemento de una determinada sociedad teniendo en cuenta sus divisiones culturales, regionales y de clase. Se trata en última instancia de la unidad y el orden en una sociedad y de los mitos y tradiciones que la mantienen unida. No en vano, la integración es un proceso dentro del más amplio proceso social y el fracaso de la integración puede conllevar intolerancia y xenofobia y, en consecuencia, una pérdida del orden moral social.

En este contexto, la integración se constituiría como un proceso social por el que se garantizaría el aseguramiento de un orden social en sociedades plurales que supere el conflicto y las diferencias impulsando una unidad armoniosa, socialmente inclusiva. Sin embargo, el mismo concepto de integración está en permanente crisis y revisión. En este sentido, Wieviorka (2008) sugiere que el paradigma de la integración es cada vez menos capaz de hacer frente a los grandes problemas que constituyen los fenómenos migratorios o las diferencias culturales y religiosas.

El objeto de este estudio es superar los obstáculos y proponer un modelo explicativo del proceso de integración de los inmigrantes en España mediante la identificación de los principales componentes (cognitivos, comportamentales y emocionales) de un índice holístico de integración a partir de las manifestaciones de los encuestados (en España y en la Unión Europea) recogidas en la base de datos del ESS (2004, 2008 y 2014).

El marco teórico utilizado es un instrumento para explicar los diferentes tipos de procesos sociales relativos a la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida. Con los índices resultantes, se pretende la identificación de las fuerzas que subyacen e influyen en dichos procesos de integración.

El objetivo de este trabajo, parafraseando a Heckmann (2005), es desarrollar índices de integración que sirvan y funcionen como fundamentos para una teoría de la integración, no desarrollar la teoría misma. Estos fundamentos conceptuales se referirán a la integración, es decir, a la incorporación de los inmigrantes en las principales instituciones de la sociedad de acogida. No se discuten las consecuencias de la integración social para la estructura social o la estabilidad del sistema social de la sociedad de acogida.

La aproximación al entendimiento de la integración en España se realizará a partir de la consideración de determinadas variables relevantes cognitivas, comportamentales y emocionales que se consideran necesarias (aunque obviamente no suficientes por la complejidad) en un proceso donde se conjugan el ser, el deber ser y el tener y que tiene en cuenta los diferentes niveles de integración (macro, meso y micro) y la dimensión espacio-temporal.

La Conferencia Ministerial Europea sobre Integración (Declaración de Zaragoza, 15 y 16 de abril de 2010) sostiene que, para garantizar la eficacia del proceso, el uso de los indicadores ha de complementarse con un análisis de contexto a escala nacional (estudio longitudinal) y de la UE (estudio transnacional). Es por ello que en el presente artículo se llevan a cabo ambos estudios.

El reto es desarrollar indicadores basados en datos cuantitativos y cualitativos o subjetivos. Como sugiere Humphris (2014), cuestiones inmateriales (*soft issues*) como el reconocimiento, el respeto, el sentimiento de pertenencia, la tolerancia y la apertura son difíciles de evaluar.

En los estudios sobre la inmigración, hasta la fecha, se han subestimado las emociones como indicador del tipo y grado de integración de la población inmigrante. En un intento por subsanar esta deficiencia, en el presente trabajo, se identifica un índice holístico y sintético de integración. La integración es un proceso más complejo y completo de lo que se creía hasta el momento pues las emociones y los sentimientos de todas las partes implicadas (emociones de felicidad, frustración y miedo de *inmigrantes* y *nacionales*) juegan un papel esencial en las dinámicas de integración. Los aspectos emocionales de la persona no pueden permanecer invisibles o invisibilizados y deben considerarse prioritarios para interpretar y dar sentido a la *realidad*. Sólo así podremos acometer el desafío de una sociedad diversa.

Los índices de integración identificados pretenden tener un alto grado de operatividad, para ello se evitan soluciones teóricas anticipadas ajustándose los cálculos y el análisis a la medición de las opiniones manifestadas por los encuestados en una dinámica (proceso) bidireccional (inmigrantes y nacionales) y en una escala multinivel macro, meso y micro incardinadas en el continuum espacio-tiempo para lo que se exponen índices de carácter longitudinal y transnacional. En este sentido, se mide el estado del proceso de integración en

tres momentos concretos: 2004 año de importante crecimiento económico, 2008 en que se constata el inicio de la crisis económica y 2014 año en el que la crisis económica aún persiste. El índice desarrollado permite actualizaciones periódicas de carácter longitudinal. Asimismo, se realiza una comparativa de índices entre varios países de la Unión Europea (análisis transnacional).

La dinámica bidirección inmigrante-nacional resulta fundamental porque como afirma Van Oudenhoven et al. (2006), aunque los inmigrantes pueden tener sus preferencias de integración, la posición al respecto de los miembros de la sociedad de acogida necesariamente influye en las decisiones últimas de los inmigrantes en cuanto a sus estrategias de aculturación.

La escala multinivel propuesta en este estudio supone un enfoque muy utilizado en ciencias sociales para comprender en su totalidad el proceso de integración. Inglehart y Norris (2012) utilizan dos niveles en su análisis de la integración de inmigrantes musulmanes en sociedades cristianas. En primer lugar, analizan el nivel individual de las identidades musulmanas controlando por género, ingresos del hogar, edad, escala de educación, estado civil, participación en el mercado de trabajo y religiosidad. El nivel nacional está compuesto por variables que incluyen la clasificación de las sociedades en islámicas y cristianas occidentales basada en la proporción religiosa de las poblaciones de cada país. Asimismo, en su estudio controlan por la localización de los países islámicos (de Oriente Medio o de otras partes del mundo) para conocer si estas sociedades muestran diferencias.

En primer lugar, Heckmann (2005) identifica las *estructuras macro* en las que se incorporan los inmigrantes. Se trata de estructuras o sistemas que se extienden a toda la sociedad. Las macroestructuras económica, política y socio-cultural, como el sistema económico y su desarrollo, la calidad de las instituciones políticas, legales y culturales conlleva consecuencias que influyen en las oportunidades individuales o de grupo y en las limitaciones al proceso de integración.

En segundo lugar, el *nivel meso* que consiste en los contextos institucionales y organizacionales en los que el inmigrante se integra o con los que se relaciona en su interacción diaria. Abarca organizaciones, redes y mercados. Las redes ya sea intra o interétnicas se caracterizan por relaciones de confianza y son fundamentales para el capital social de las personas. Las estrategias de integración en el ámbito laboral, educacional, municipal, la militancia en partidos políticos o sindicatos, la creación de asociaciones dirigidas a inmigrantes, la pertenencia a una confesión religiosa son todas manifestaciones del grado de integración del inmigrante en la sociedad de acogida.

Los niveles o estructuras per se no pueden actuar, sólo los individuos actúan. Sus acciones agregadas reproducen o producen continuamente los niveles o estructuras macro y meso. Para explicar las estructuras macro y meso, es

imprescindible entender el significado que los actores individuales otorgan a la acción y la definición de la situación. Y es precisamente en el análisis de las opiniones manifestadas por los individuos en las encuestas desde donde parte el presente análisis.

En efecto, el *nivel micro*, en tercer lugar, es fundamental dado que los individuos normalmente no actúan de una manera irracional sino de acuerdo a sus intereses y a su percepción y definición de la situación. La definición de la situación, de las necesidades, de los motivos, de los intereses y de los recursos y restricciones son determinantes esenciales de la acción social en general y de la integración en particular. El sentido de pertenencia y el reconocimiento que perciben los inmigrantes son elementos definitivos del grado de integración. Los resultados de las acciones dependen de los recursos que pueden controlar y de las oportunidades que se les presentan. La principal motivación de los inmigrantes es la de mejorar sus vidas en la nueva sociedad. Para Alba (1999), tenemos que reconocer que la asimilación puede ocurrir como el resultado a menudo inintencionado y acumulativo de elecciones realizadas por los individuos que aprovechan las ventajas con el objeto de mejorar sus situaciones sociales.

Las interrelaciones entre los tres niveles a lo largo del tiempo teniendo en cuenta variables cognitivas, comportamentales y emocionales constituyen y determinan los diferentes tipos de procesos de integración y sus resultados. Dado que la integración tiene que ver con inmigrantes y nacionales, es imprescindible analizar ambos grupos y sus interrelaciones, sus necesidades, sus objetivos, sus recursos, percepciones y significados.

El presente es, en suma, un análisis novedoso por cuanto se conjugan el concepto de integración entendida como un proceso bidireccional (entre inmigrantes y nacionales, aunque sería interesante incluir la referencia del país de origen del inmigrante como otro actor en el proceso de integración) con diferentes niveles (macro, meso y micro) y donde se operacionalizan las dimensiones tiempo y espacio. Las variables cognitivas, comportamentales y emocionales se conjugan en este entramado complejo e interactivo.

En cuanto al término inmigrante, para Díez Nicolás (2009), se refiere a cualquier no-español que establece su residencia temporal o permanente en España. Se trata de una definición legal condicionada por el país de procedencia porque la que se utiliza en el lenguaje diario no incluye a los extranjeros procedentes de países desarrollados. Incluso los procedentes de un mismo país recibirán o no el calificativo de inmigrante según su color de piel y según su condición socio-económica. Por ello, cuando en cualquier investigación por encuesta se formulan preguntas relativas a inmigrantes no resulta fácil saber cuál es la imagen que se evoca en el entrevistado, es decir, no se sabe con certeza cual es el referente que el entrevistado tiene en mente al contestar.

En todo caso, en el presente estudio se realiza una distinción entre los nacidos (nacionales) y los no nacidos (inmigrantes) en nuestro país. Esta delimitación también plantea problemas conceptuales pues, aunque se consideran inmigrantes a los de primera generación, la integración de las sucesivas generaciones es de particular importancia para juzgar si el proceso de integración de un grupo concreto en la sociedad está progresando o no. En este caso, la literatura especializada hablaría de personas con origen inmigrante. La base de datos utilizada no tiene en cuenta concretos tipos de migrantes tales como los trabajadores invitados y los miembros de su familia, los solicitantes de asilo y los inmigrantes ilegales, en consecuencia, y por razones prácticas quedan fuera del ámbito de este estudio.

2. LAS NUEVAS TEORÍAS SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES. LA INELUDIBLE CUESTIÓN DE LAS EMOCIONES.

El Godenau et al. (2014) señalan que recientemente se ha generalizado el uso de dos vocablos: multiculturalidad, como coexistencia de distintos grupos con culturas diferentes en un mismo espacio, e interculturalidad que hace referencia a la interrelación entre culturas y a la búsqueda de una convivencia estable entre ellas sobre la base de la igualdad, la no discriminación y el respeto a la diversidad. Sin embargo, las tesis pluralistas con relación a la gestión de la diversidad cultural están retrocediendo en los últimos años, intensificándose las demandas de integración y cohesión.

Penninx y Martiniello (2004) conciben la integración como *“el proceso a través del cual uno se convierte en una parte aceptada de la sociedad. La integración es un proceso, antes que un resultado final, que no delimita ningún requisito particular para la acogida en la sociedad receptora (al contrario de lo que ocurre con los modelos normativos desarrollados por los politólogos, según los cuales la acogida queda definida en términos de asimilación, integración, multiculturalismo o pluralidad). Así, deja la posibilidad de que se contemplen diferentes resultados temporales (es decir, que existen etapas intermedias) y finales”*. Esta definición comprende tres dimensiones analíticas, las dimensiones político-legal, socioeconómica y cultural y religiosa porque en cada una de ellas los inmigrantes han de convertirse en una parte aceptada de la sociedad.

Cuatro teorías relativamente novedosas se han impuesto en el marco de la inmigración e integración del inmigrante. Todas ellas son objeto de reflexión en las líneas que siguen pues configuran el marco teórico en el que adquieren sentido los índices de integración obtenidos de los análisis estadísticos. Asimismo, se exponen una serie de teorías que pivotan alrededor de las emociones. No puede entenderse el proceso de inmigración e integración sin

hacer referencia a los afectos, sentimientos y emociones de todas las partes implicadas.

3.1. *La teoría de la asimilación segmentada*

En relación con la asimilación, Alba y Nee (2003) sugieren que equipararla a la anglo-conformidad no refleja de manera adecuada la experiencia americana. Para Alba (1999), la asimilación no tiene que ser necesariamente un proceso que se desarrolla en una de las partes, sino que puede tener lugar como cambios en dos (o más) grupos, o partes de los mismos, produciendo la reducción de las diferencias y de la distancia social entre ellos.

Para Portes y Zhou (1993) y Portes y Borocz (1989), junto con las variables individuales y familiares, el contexto que encuentran los inmigrantes a su llegada al nuevo país juega un papel decisivo en el transcurso de la vida de sus hijos. Este contexto incluye variables tan amplias como las relaciones políticas entre países receptores y emisores y el estado de la economía del país receptor y variables tan específicas como el tamaño y la estructura de las comunidades co-étnicas preexistentes. El concepto de modos de incorporación provee de una herramienta teórica muy útil para entender la diversidad. Los modos de incorporación consisten en un complejo formado por las políticas del país de acogida, los valores y prejuicios de la sociedad receptora y las características de la comunidad coétnica.

No existe una asimilación homogénea (Portes et al., 2005). Las familias inmigrantes en Estados Unidos tienen como objetivo que sus hijos se asimilen en el nivel denominado *mainstream* (*asimilación ascendente*) y lo hacen con diferentes recursos y habilidades materiales enfrentándose con diferentes contextos sociales.

Se pueden identificar tres rasgos del contexto social que crean vulnerabilidad y, en consecuencia, provocan una *asimilación descendente*. El primero es el color de la piel, el segundo la ubicación y el tercero la ausencia de movilidad (en el ámbito laboral).

La *asimilación ascendente combinada con el biculturalismo* se refiere a la incorporación de las personas inmigradas a las redes étnicas constituidas por miembros de la comunidad de origen insertos dentro de las clases medias del país, lo cual combina cierto grado de bienestar económico con la pervivencia de valores y pautas culturales distintas a las de la mayoría del país. Para Portes y Rumbaut (2001), cuando las familias inmigrantes están aisladas de dichas redes, los esfuerzos de la primera generación por proporcionar a sus hijos e hijas unas buenas condiciones de vida se ven constantemente contrarrestados por la discriminación social que padecen. Sin embargo, cuando la segunda generación crece conectada a dichas redes, estas actúan como un colchón amortiguador de la discriminación exterior. Además, constituyen un apoyo

importante en su proceso de aculturación, pues proporcionan a esos sujetos una gama de recursos simbólicos que les ayudan a conocer e interiorizar las pautas estructurales y conductuales dominantes en el país.

3.2. La teoría de la integración desagregada

Freeman (2004 y 2006) propone una perspectiva desagregada que concibe la incorporación de los colectivos inmigrantes como el resultado de la intersección entre las estructuras de incentivos institucionales, por un lado, y las decisiones estratégicas de los inmigrantes, por otro. Las estructuras de incentivos institucionales son previas a las decisiones estratégicas de los inmigrantes en determinados contextos.

Los cuatro sectores clave de instituciones reguladoras son, en primer lugar, el Estado, entendido como las políticas de inmigración y ciudadanía; se trata del marco regulador más importante pues afecta a las circunstancias legales de la primera entrada del inmigrante y a la posibilidad de que los inmigrantes adquieran completos derechos legales y constitucionales, respectivamente. En segundo lugar, el mercado, representado fundamentalmente por el mercado el laboral y la empresa, distingue Freeman provisionalmente entre una economía de mercado coordinado o social (EMC) y una economía de mercado liberal (EML), con las consecuencias que para la incorporación conlleva cada tipología de mercado, para las EMC se observan regulaciones del mercado laboral más estrictas lo que reduce la probabilidad de sectores informales en los que participan de manera significativa los inmigrantes y para las EML se prevén altos niveles de tolerancia de la inmigración ilegal, más trabajo irregular y actividad empresarial en el límite de la legalidad. En tercer lugar, el bienestar social, los programas de ayudas asistenciales y las prestaciones económicas afectan a la utilidad marginal del trabajo de los que tienen derecho a las mismas, para los empleadores supone un coste, pero también implica un incremento de la productividad de los trabajadores a través de la formación, la educación y la mejora de la salud. En todo caso, la percepción de que los inmigrantes abusan de los beneficios del estado del bienestar amenaza con erosionar el consenso sobre el acceso a dichos beneficios por parte de los inmigrantes y la tolerancia frente a la inmigración. En cuarto y último lugar, la cultura, en el sentido de que las políticas estatales sobre las condiciones de reconocimiento y expresión culturales producen estructuras de incentivos críticos para el mantenimiento o pérdida de características de la cultura inmigrante y pueden tratar de proteger o transformar las culturas de los países de acogida. Por otra parte, la práctica de la religión y la exhibición de símbolos religiosos, el uso de la lengua materna y el trato a la mujer y a los niños han generado importantes conflictos.

Para Freeman (2004), dado que no toda la regulación de las instituciones en estos ámbitos ha sido desarrollada teniendo en cuenta la incorporación de la inmigración, las estructuras nacionales de incorporación no están totalmente

cohesionadas, están cambiando constantemente y, en todo caso, pueden describirse como conjunto de *síndromes* (Engelen, 2003) débilmente integrados, es decir, como una estructura inconexa o amplio conjunto de normas, instituciones y prácticas que actúa como estructuras de incentivos y filtraje respecto del acceso a oportunidades y recursos, tanto para la población inmigrante como para la autóctona. De manera general, para Freeman (2004), sólo las políticas desarrolladas en el marco del Estado y de la cultura se dirigen específicamente a los inmigrantes.

La sociedad moderna debe concebirse como sistemas múltiples, autónomos e interdependientes que incorporan a los actores sólo de manera parcial, nunca completamente. En este sentido, el estado y la política aparecen como uno de los sistemas existentes y la idea del inmigrante que “ha de ser integrado” desaparece pues el inmigrante se asimila a otros individuos o grupos con posiciones similares en determinados índices críticos. No existe, en consecuencia, el inmigrante no integrado pues está necesariamente integrado en algún sistema. Dado que la sociedad en la que se incorpora el inmigrante está fragmentada y descentralizada, la incorporación misma está fragmentada.

En consecuencia, para entender los procesos de incorporación y sus resultados en las democracias occidentales (se evita hablar de formas o regímenes de incorporación), Freeman (2004) desarrolla la idea de ensamblaje de estructuras multisectoriales o multidimensionales. Algunos elementos de estas estructuras son similares en diversos estados, otros no lo son, algunos son consistentes con los fines establecidos por el gobierno con relación a la incorporación de los inmigrantes, otros no. El ensamblaje de varios de estos elementos se manifiesta en síndromes que caracterizan conjuntos de países. Siguiendo a Soysal (1994), Freeman se centra en el acceso de los inmigrantes a todas las dimensiones de la sociedad que propugna Entzinger (2003), estado, cultura y mercado. Asimismo, incorpora las regulaciones, las políticas y las ideas subyacentes que constituyen los principales elementos de las estructuras de oportunidad política en las que los inmigrantes se mueven (Koopmans y Statham, 2000). Freeman (2006) reconoce la debilidad de su enfoque dado que determinados tipos de migración estimulan diferentes estilos de políticas en diferentes momentos del tiempo.

3.3. La integración como sistema de relaciones

Heckmann (2005) concibe la integración como una situación de estabilidad de las relaciones cooperativas entre las partes de un sistema que tiene límites definidos respecto de su contexto, es decir, la integración se concibe como un estado concreto de estabilidad dentro de un sistema en continuo proceso de integración. El concepto de integración se define como la inclusión de nuevas poblaciones en estructuras sociales existentes del país de acogida con una consecuente reducción de diferencias en sus posiciones y relaciones.

Distingue Heckmann (2005) cuatro dimensiones del proceso de integración. La *integración estructural*, referida a la adquisición de derechos y el acceso a adhesiones, posiciones y estatus dentro de los principales mecanismos de producción y redistribución de la sociedad de acogida, como la economía y el mercado de trabajo, el sistema educativo y de formación, el de vivienda, las instituciones del Estado de bienestar, así como los derechos de ciudadanía. El *reconocimiento* derivado del estatus adquirido en las instituciones centrales de la sociedad es, para Penninx y Martiniello (2004), un indicador fundamental de integración. La *integración cultural* es una precondition de la participación e implica cambios cognitivos, culturales, de comportamiento y actitudinales en las poblaciones autóctona e inmigrante pues se trata de un proceso mutuo, interactivo que cambia al inmigrante y a la sociedad de acogida. Para Godenau et al. (2014), la importancia de este ámbito radica en la consideración de que las personas inmigrantes solo pueden reclamar y asumir derechos si adquieren las competencias básicas de la nueva sociedad (aculturación), pero a su vez la sociedad ha de mostrarse capaz de atender las necesidades y requerimientos de la nueva ciudadanía. De este modo, la integración cultural no conlleva que los primeros renuncien a su cultura de origen, sino más bien la adquisición de competencias biculturales que suponen un activo tanto para unos como para otros. La *integración social o interactiva* implica la inclusión y aceptación de los colectivos inmigrantes en las relaciones primarias de la sociedad. Puede definirse como la ausencia de conflicto de grupo y como cohesión entre los principales grupos sociales (Heckmann, 2005). Los indicadores de integración interactiva incluyen redes sociales, amistades, matrimonios y pertenencia a asociaciones. Aunque en un primer momento la persona inmigrante se beneficia, como norma general, del apoyo prestado por su red étnica, con el tiempo, una fuerte imbricación en tales redes puede dificultar la creación de vínculos con la sociedad de acogida y la adquisición del capital cultural y social necesario para competir en las instituciones centrales del país de acogida. La *integración identitaria* tiene en cuenta los sentimientos de identificación y pertenencia con las instituciones, grupos de la sociedad de acogida particularmente de identificación local, regional, nacional o étnica, o incluso en sofisticadas combinaciones de todas ellas. La relevancia de este ámbito de la integración está en que no es posible participar en las instituciones básicas de la sociedad de acogida sin haber adquirido previamente las competencias culturales propias de dichas instituciones.

Para Heckmann (2005), la integración como fenómeno individual y colectivo es un proceso largo y duradero que puede extenderse a toda la vida de una persona y durar tres generaciones. El tiempo es muy relevante tanto para el inmigrante como para la sociedad de acogida porque la integración es un proceso de aprendizaje.

La propuesta de Heckmann (2005) combina los planteamientos interculturales que defienden el derecho de los inmigrantes a conservar y practicar sus culturas y creencias, de acuerdo con el marco jurídico vigente, así como la posibilidad de negociar la introducción de parte de sus referencias

culturales en la sociedad de acogida y los asimilacionistas dado que se remarca la necesidad de que los inmigrantes se comprometan a conocer y adoptar elementos clave y pautas básicas (valores, idiomas e instituciones) de la sociedad receptora.

3.4. La nueva teoría de la integración intergeneracional

Esser (2003) propone una nueva teoría de la integración intergeneracional que contempla referencias sistemáticas entre variables y condiciones de integración intergeneracional en un modelo micro-teórico de decisiones de inversión de los actores implicados que tiene en cuenta los efectos estructurales emergentes que derivan de acciones como secuencias más largas, equilibrio estructural y el proceso mismo de inmigración.

El concepto central de la integración intergeneracional es el de funciones de producción social y la distinción entre capital específico y generalizado. La hipótesis de partida establece que, en todos los procesos de inmigración, hay un cambio estructural en las condiciones institucionales y culturales para las acciones productivas, que hacen que determinados recursos e inversiones sean más eficientes que otros en la consecución de los respectivos objetivos culturales. A pesar de todos los procesos transnacionales y supranacionales que tienen lugar, las instituciones nacionales y culturales relevantes juegan un papel central. Si el estado nación no está directamente implicado, las circunstancias regionales y locales reflejan dicha relevancia. En este sentido, los denominados “*empresarios étnicos*” deben, por su propio interés, centrarse en determinadas formas generalizadas de capital como el lenguaje de uso universal, las relaciones sociales no limitadas por lo étnico o el capital humano en forma de conocimiento técnico y administrativo. El objetivo último no es cultural y étnico sino la prosperidad económica. Naturalmente los recursos étnicos se utilizan y cultivan en este proceso además de las redes étnicas transnacionales. En todo caso, las tendencias estructurales hacia la asimilación no van a disminuir con la globalización sino al contrario, dado que el objetivo último es el beneficio económico y la eficiencia tecnológica. Los inmigrantes deben tener muy presente estos objetivos fundamentalmente económicos y tecnológicos con el objeto de su integración en las sociedades de acogida.

3.5. La ineludible cuestión de las emociones y su incardinación en las teorías sobre los procesos de integración de los inmigrantes

La llegada de inmigrantes a un territorio produce cambios en todos los ámbitos y niveles de la sociedad de acogida, en su cultura, en su economía, en el paisaje de sus ciudades y calles y en las emociones y sentimientos de sus gentes. Las emociones y los sentimientos permean todos los ámbitos, dimensiones y niveles de la sociedad de manera transversal. La historia de los flujos de personas a lo largo del tiempo y del espacio así lo refleja. Despreciar

esta *realidad* supone reconocer la incapacidad de entender el alcance de la inmigración y, por ende, de comprender las dinámicas de interacción provocadas por el movimiento, flujo y establecimiento de personas.

En consecuencia, de lo anterior, las emociones de inmigrantes y ciudadanos del país de acogida han de formar parte de la ecuación de integración. En efecto, las emociones juegan un papel esencial en el “*posicionamiento*” de la sociedad de acogida (Parrott, 2003) y también de los inmigrantes. El término *posicionamiento* se define como la construcción dinámica de las identidades propias y ajenas pues el *posicionamiento* es un rasgo esencial de la interacción social y sus estrategias y cualidades negociables son especialmente interesantes en situaciones de conflicto.

Para Parrott (2003), una manera de posicionarse a uno mismo es reivindicar las propias emociones y la manera de posicionar a los oponentes es establecer qué emociones deberían sentir y, consecuentemente, calificar como inapropiadas las emociones que están sintiendo asignando una identidad social inferior al rival.

Los fundamentos morales de las emociones implican la idea de que las emociones suponen juicios morales sobre uno mismo y sobre los otros (Sabini y Silver, 1982). Desde el paradigma del construccionismo social, las emociones corporizan los valores morales y juicios de una cultura (Harré y Parrott, 1996). Averill (1980) define explícitamente las emociones como un tipo especial de rol social que incluye creencias sobre la situación y que da derecho a la persona emocional a comportarse de maneras que de otra forma no le estarían permitidas.

Las emociones implican aspectos intencionales y cognitivos y su expresión pública refleja circunstancias *objetivas*. Si estar enfadado con alguien conlleva evaluar a ese alguien de manera negativa y culpable, expresar la rabia supone asignar un determinado lugar a esa persona dentro del orden moral local y situar a otras personas en posiciones complementarias otorgándole el derecho a la queja. En otras palabras, los aspectos intencionales y cognitivos de las emociones permiten a las personas alcanzar un determinado *posicionamiento*. Las emociones a menudo establecen una posición que se define como relativa de las posiciones de otras personas. Las emociones contribuyen a los aspectos estratégicos del *posicionamiento*.

Una de las razones por las que las emociones pueden contribuir al *posicionamiento* estratégico es que son persuasivas. Parrott (2003), sugiere que las emociones establecen persuasivamente una posición porque comunican efectivamente un punto de vista. Esta efectividad es el resultado de expresiones emocionales que animan a la audiencia a ver el punto de vista de una persona, incluso hasta el punto de sentir ellos mismos empáticamente la emoción (Hatfield, Cacioppo y Rapson, 1994). Junto con su carácter persuasivo, las

emociones son estratégicas porque pueden colocar al oponente en una posición más débil o limitar sus opciones. La ira puede provocar culpabilidad. El desprecio y el desdén pueden denigrar y provocar inferioridad. El *posicionamiento* estratégico a menudo implica una secuencia de movimientos en la que cada parte busca lograr sus objetivos.

El poder de las emociones queda patente en las investigaciones de Salovey et al. (1991). Sus principales conclusiones se traen a colación en el presente estudio por cuanto son clarificadoras y extrapolables, como se verá, al ámbito que nos ocupa, esto es, a los procesos emocionales desarrollados entre inmigrantes y nacionales y su poder persuasivo y estratégico en juicios de valor y juicios sociales que a menudo distorsionan la percepción del inmigrante y obstaculizan su integración. Analizan estos autores cómo influye el estado de ánimo en la evaluación de síntomas físicos y juicios sobre salud y enfermedad. La información sobre la salud es a menudo ambigua; su significado no es siempre bien entendido y, por ende, aspectos contextuales tales como el estado de ánimo influyen en su interpretación.

De acuerdo con Salovey et al. (1991), son tres los mecanismos que pueden explicar las asociaciones entre estado de ánimo y juicios relacionados con la salud. El primer mecanismo es el *recuerdo congruente con el estado de ánimo*, por el que los recuerdos consistentes en tono emocional con el estado de ánimo actual son más probables que los recuerdos que tienen una valencia afectiva o emocional diferente. El estado de ánimo puede crear un contexto en el que los recuerdos sobre salud o enfermedad se traigan fácilmente a la mente y se imaginen vívidamente. Estas fantasías pueden subsiguientemente influir en los juicios sobre el estado de salud actual y sobre sucesos futuros relativos a la salud. Además, el estado de ánimo puede modificar la interpretación de información ambigua (tales como los síntomas) convirtiéndola en información cargada de emociones. Esta información puede servir como señal para la recuperación de pensamientos relativos a la salud de la misma valencia afectiva. A su vez, la disponibilidad de estos pensamientos colectivamente puede influir en los juicios sobre salud y enfermedad. El segundo mecanismo son los *cambios en el foco de atención inducidos por el estado de ánimo* por el que los individuos que experimentan tristeza ponen su atención selectivamente en sí mismos en lugar de en su entorno. El tercer mecanismo modifica el nivel de análisis desde lo cognitivo a lo fisiológico pues son los *cambios en el estado de ánimo los que conllevan alteraciones reales en el funcionamiento endocrino e inmunológico* causando cambios reales en la salud.

Para Salovey et al. (1991), la dirección más interesante de causalidad que no ha sido suficientemente explorada es la hipótesis de que los cambios en el estado de ánimo actual producen cambios en la evaluación de los síntomas físicos y en los juicios subsiguientes acerca de la salud y la enfermedad.

Otras creencias sobre la salud que parecen ser precursores del comportamiento de la salud son la percepción de vulnerabilidad a futuras enfermedades. Creencias sobre la probabilidad del riesgo y la gravedad contribuyen a comportamientos que reducen el riesgo como buscar tratamiento médico cuando se está enfermo. Las previsiones acerca de la probabilidad de sucesos futuros positivos o negativos se encuentran entre los juicios que más afectan a los estados de ánimo.

En el contexto de las relaciones sociales, Bower (1991) se cuestiona hasta qué punto nuestro estado emocional influye en los juicios sociales. En la medida en que las personas toman muchas decisiones basadas en sus inferencias acerca del carácter y las intenciones de los demás, la comprensión de cómo nuestros sentimientos pueden influir en tales juicios es de importancia práctica y teórica.

Para Bower (1991), personas que están temporalmente felices o infelices tienden a seleccionar actividades y situaciones sociales que mantengan su estado de ánimo. Los estados de ánimo de las personas tienen una fuerte influencia en su evaluación de los extraños, de los conocidos, de su comportamiento pro-social y de sus actitudes.

En relación con la integración, parece razonable pensar que los juicios de todas las partes implicadas serán tanto más positivos cuanto más predisposición muestren a abrirse a la cultura, a las emociones y a la idiosincrasia de los otros. Una integración entendida en este doble sentido plantea numerosas promesas y desafíos.

Como sugieren Beirens y Fontain (2011), muchos estudios tratan de la aculturación como un constructo unidimensional que va desde una fuerte orientación hacia la propia cultura hasta una fuerte orientación hacia la cultura de la sociedad de acogida. Estudios desde este enfoque unidimensional, por ejemplo, muestran que los inmigrantes coreanos en los Estados Unidos manifiestan más depresión cuando no tienen buenas relaciones con la comunidad americana (Oh, Koeske, y Sales, 2002). En parecido sentido, un estudio en Holanda concluyó que los inmigrantes procedentes de Ghana manifestaban más problemas de salud cuando el proceso de aculturación se experimentaba como más estresante debido a las dificultades (Knipscheer, De Jong, Kleber, y Lamprey, 2000). Parece ser que los inmigrantes más orientados hacia la cultura de acogida experimentan menos depresión y ansiedad. Sin embargo, este enfoque unidimensional ha sido duramente criticado (Salant y Lauderdale, 2003) porque ofrece una visión excesivamente estrecha de las interrelaciones entre aculturación y salud.

En todo caso, Berry (1997) aboga por la aculturación bidimensional. De acuerdo con este modelo, la adaptación a la cultura mayoritaria no impide el mantenimiento de la propia cultura. Para Berry y Sam (1997), el modelo de aculturación bidimensional en el que hay adaptación y conservación cultural

reducen el estrés. Asimismo, para Curran (2003), la integración es la estrategia más exitosa para conseguir el bienestar. Ying (1995) sugiere que la orientación bicultural propia de la integración es un buen predictor de menores niveles de depresión y de emociones más positivas. En nuestra opinión, el modelo sólo estará completo cuando se tenga en cuenta también la perspectiva de los ciudadanos del país de acogida, es decir, la adaptación de los nacionales a las nuevas culturas de los inmigrantes.

Para Thompson y Hoggett (2012), las emociones están íntimamente involucradas en el proceso de gobernanza y de elaboración de políticas públicas. El estado y sus instituciones pueden corporizar la ansiedad social a través de sus normas, sistemas, estructuras y procedimientos. Una emoción como la ansiedad percibida a nivel del estado puede proyectarse a un determinado grupo social que, consecuentemente, se construye como un problema social.

En las relaciones sociales, los sentimientos más negativos hacia el otro incluyen el odio, la envidia, el rencor, la malicia o mezquindad y la aversión. La hostilidad es el sentimiento de los que no tienen poder y que se ven obligados a suprimir el resentimiento o la ira que sienten en relación con su posición con lo que su amargura se vuelve contra sí misma (Brown, 1995; Demertzis, 2006; Hage, 2003; Duckitt, 2003). En el resentimiento, se renuncia al objeto original de agravio, pero el sentimiento permanece. El sentimiento de agravio encuentra su expresión en reproches y menosprecio que son el caldo de cultivo de políticos y movimientos populistas. El racismo, el nacionalismo y el chovinismo (hostilidad hacia aquéllos que se perciben como no nacionales que se benefician de los servicios públicos como la educación y la salud) son vías a través de las que el resentimiento se canaliza. Hay sentimientos negativos más intangibles cuyo objeto no es tanto el otro como la vida misma (Sloterdijk, 1984, 1988).

Los sentimientos asociados a la pérdida como el dolor, la pena, la decepción, la tristeza y la melancolía, están entre los más poderosos que pueden experimentar los individuos y los grupos. Según Marris (1974), todos los cambios implican pérdida lo que provoca el cambio económico y social.

Los sentimientos asociados con la injusticia como la ira, el resentimiento y la indignación se encuentran en la base de las emociones de protesta. Sin embargo, el proceso de construcción de la experiencia influye de manera determinante en la percepción, o falta de percepción, de la injusticia. Para Thompson (2006) la ira no es la respuesta automática a la falta de reconocimiento ni tampoco se dirige intuitivamente hacia la fuente de la injusticia.

Para Ho (2009), las emociones tienen un impacto fundamental en un determinado tipo de comportamiento político como es la ciudadanía. La ciudadanía se fundamenta en factores institucionales y relaciones sociales, pero las dinámicas emocionales son esenciales dado que las relaciones sociales se

estructuran a través de la intersubjetividad de las emociones lo que contribuye a evitar su cosificación y el recurso a la naturaleza ontológica de lo social, lo cultural y lo individual (Good, 2004).

La idea de pertenencia, en particular para los inmigrantes, es un aspecto destacado de la ciudadanía. Yuval-Davis (2006) sugiere que la pertenencia tiene que ver con la inversión emocional y el deseo de apego y arraigo y se construye socialmente negociándose durante la transmigración. Los gobiernos utilizan metáforas emocionales para establecer fronteras en el concepto de pertenencia a una nación. Para Ahmed (2004), el amor por la nación (de los ciudadanos) y una percibida falta de amor (por los inmigrantes) dibuja los límites entre dentro y fuera estableciendo las fronteras de la pertenencia.

El examen de la socialidad de las emociones, según Ahmed (2004), o la manera en que un individuo responde a otros a través de las emociones, es fundamental para entender las políticas de pertenencia ciudadana. El estudio de Ehrkamp sobre los inmigrantes turcos en la sociedad alemana sugiere que los marcadores sociales y corporales de la diferencia racial sitúan a estos inmigrantes en una posición subordinada. Los inmigrantes turcos perciben la hostilidad de la sociedad alemana hacia ellos, lo que les provoca sentimientos de cinismo y resistencia frente a las expectativas de asimilación. De esta manera, la socialidad de las emociones construye las relaciones y estructuras sociales asociadas a la ciudadanía.

En suma, como afirma Ho (2009), toda teorización en la que se tengan en cuenta las emociones permite avanzar en el conocimiento de la sociedad además de facilitar el cambio social.

3. UN ÍNDICE SINTÉTICO DE INTEGRACIÓN

La integración del inmigrante se ha entendido tradicionalmente como fundamentalmente económica, social y cultural pero no emocional. El presente análisis pretende iniciar una línea de investigación de indicadores que midan la integración del inmigrante en la UE no sólo desde un punto de vista socioeconómico sino también emocional.

En la Declaración de Zaragoza (2010) se aboga por el desarrollo de indicadores basados en estadísticas oficiales y en datos cuantitativos obtenidos de encuestas o de fuentes administrativas (empleo, porcentaje de trabajadores que están sobrecualificados para el empleo que ocupan, actividad por cuenta propia, conocimiento de lenguas, educación, inclusión social y ciudadanía activa) y por la recolección de datos cualitativos o subjetivos como los resultados de estudios de percepción (experiencias de discriminación, confianza en las instituciones públicas y sentimiento de pertenencia). Las políticas de integración en la UE aspiran a constituirse en un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo

por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros, por lo que las emociones y sentimientos deberían ocupar un lugar fundamental.

En el presente estudio, se desarrolla un índice de integración longitudinal pues se analiza dicho índice en tres momentos temporales concretos 2004, 2008 y 2014 (bases de datos del ESS) y un índice transnacional pues se comparan índices de integración entre los años 2014 en varios países de la Unión Europea, en este contexto se evitan expresamente las referencias a diferentes modelos de integración. Wieviorka (2008) se muestra muy crítico con el concepto de *modelos de integración* pues la idea de integración se debilita cuando los responsables políticos pretenden hacer frente a fenómenos migratorios diversos y a diferencias culturales múltiples con fórmulas en donde la rigidez ideológica constituye un obstáculo para la acción política.

En todos los índices se tienen en cuenta aspectos emocionales, comportamentales y cognitivos. Son muchas las ventajas de este tipo de índices. En primer lugar, se superan las limitaciones que los índices socio-económicos plantean pues éstos últimos exigen la consecución de determinados mínimos cuantitativos para considerar a una persona integrada, olvidando que, en ocasiones, aunque esos límites no se alcancen, una persona o una familia pueden considerarse debidamente integradas si tienen ayuda de sus familiares, amigos y conocidos y se reconocen o manifiestan felices, satisfechas o positivas con su vida y con su futuro. En segundo lugar, los índices tradicionales y el concepto tradicional de integración no han tenido en cuenta, o lo han hecho de manera tangencial y limitada, las emociones y sentimientos generados en el proceso de integración en el país de acogida. En tercer lugar, somos seres complejos y emocionales. Las emociones, y no sólo la cognición y el comportamiento o la acción, se encuentran en la base de lo que somos y de lo que conocemos, pensamos y percibimos. Un indicador de integración válido, fiable y, por ende, viable, ha de contener referencias a emociones como la felicidad, la confianza, la satisfacción, los miedos y las preocupaciones.

Resultados

Los principales análisis que se han llevado a cabo para analizar la percepción de integración manifestada por los encuestados son los siguientes:

- a) Un análisis longitudinal de componentes principales para identificar en tres distintos momentos del tiempo (2004, 2008 y 2014) dos índices de integración en España (uno para inmigrantes y otro para nacionales). Para ello se ha utilizado la base de datos del European Social Survey Rondas 2ª, 4ª, 7ª.
- b) Un análisis transnacional de componentes principales con el objeto de comparar en un determinado momento de nuestra historia reciente (2014) los índices de integración de diferentes países de la Unión Europea (España, Holanda, Dinamarca y Reino Unido) manifestados por inmigrantes y nacionales

de los respectivos países. La base de datos del European Social Survey en su Ronda 7ª (2014) se ha utilizado para dicha comparación.

En ambos análisis (longitudinal y transnacional) se aplican las recientes teorías sobre integración y las teorías relativas a las emociones. La potencia explicativa de las nuevas teorías sobre integración y sobre emociones se observa en que no pretenden forzar un resultado de integración concreto, sino que permiten que los modelos que se desarrollen a partir de sus planteamientos teóricos sean abiertos y respondan a la integración real (cognitiva, comportamental, emocional) que se produce dentro de las fronteras de los estado-nación.

En todo caso, la superación de este concepto de estado-nación es una asignatura pendiente de los estudios sobre los procesos de integración. Las nuevas líneas de investigación sobre las migraciones circulares (no permanentes y no temporales) abren la puerta a la esperanza. Esta migración circular puede contribuir a darle forma plástica a las sociedades de manera menos traumática, pues dicha plasticidad será el resultado de una adaptación bicultural suave, sin estridencias, sin miedos. Los inmigrantes circulan por los países de acogida dejando su impronta, y a la vez exportan valores, creencias, ideales y emociones de los países de acogida a sus países de origen.

Seguidamente se exponen los criterios utilizados para elegir las variables que van a utilizarse para los análisis de componentes principales.

En primer lugar, destaca la clasificación por aspectos emocionales, cognitivos y comportamentales. Como sugiere Smollan (2006), cuando las personas se enfrentan a determinadas circunstancias en sus vidas sus respuestas reflejan diferentes aspectos, el cognitivo, el emocional y el comportamental. Para Smollan, las respuestas comportamentales son el resultado de reacciones cognitivas y emocionales y están mediadas y moderadas por numerosas variables. En todo caso, en el presente análisis se clasifican las variables del ESS sobre la base de los tres aspectos individualizadamente, lo cual no implica que sean aspectos independientes.

En efecto, para Phelps (2006), la neurociencia cognitiva destaca la interacción de la cognición y la emoción. Las investigaciones sobre los sistemas neuronales que subyacen en el comportamiento humano demuestran que los mecanismos emocionales y cognitivos están interrelacionados desde la percepción temprana hasta el razonamiento. Estos descubrimientos sugieren que la clásica división entre emoción y cognición no es realista y que el entendimiento de la cognición humana requiere de la consideración de las emociones. La discusión entre Lazarus (1984), para quien las funciones cognitivas eran un componente necesario en la detección y experiencia de las emociones, y Zajonc (1984), para quien la detección de las emociones precede el proceso cognitivo, parece haber quedado obsoleta.

Pese a la estrecha interrelación entre los tres aspectos mencionados, las variables del ESS se clasificarán siguiendo dicho criterio hasta que no se encuentre otro más preciso. Los aspectos emocionales y cognitivos, pese a su interrelación, son identificables. Por lo que respecta al aspecto comportamental, determinadas variables del ESS evidencian un determinado comportamiento

del que no puede decirse que tenga su origen en lo emocional o en lo cognitivo. En consecuencia, el aspecto comportamental resulta fundamental para clasificar determinadas variables que, de otro modo, no tendrían fácil clasificación. En todo caso, la misma denominación de índice holístico y sintético evoca un todo complejo e inextricablemente interrelacionado. Tan sólo a efectos de análisis puede tener cabida la distinción y clasificación.

Un segundo criterio de clasificación de las variables es el enfoque multinivel de Heckmann (2005) que se refiere a tres niveles fundamentales, nivel macro (es decir, a nivel de las grandes instituciones), nivel meso (que supone la interacción diaria del actor en las instituciones) y nivel micro (el individuo da sentido y significado a la actuación).

El tercer criterio de clasificación tiene que ver con las estructuras de incentivos de Freeman (2006), quien analiza el resultado de la intersección entre las estructuras de incentivos institucionales (a nivel del Estado, el mercado, el bienestar social y la cultura, estando específicamente adaptadas a inmigrantes las estructuras del Estado y de la cultura), por un lado, y las decisiones estratégicas de los inmigrantes, por otro. Para Freeman, todos los inmigrantes están integrados de alguna manera. En el mismo sentido, Portes habla de modos de incorporación (asimilación ascendente, descendente y ascendente bicultural). La asimilación no es homogénea pues depende del contexto que encuentran los inmigrantes a su llegada al nuevo país. Los modos de incorporación consisten en un complejo formado por las políticas del país de acogida, los valores y prejuicios de la sociedad receptora y las características de la comunidad coétnica.

El cuarto y último criterio se refiere a las dimensiones de integración de Heckmann (2005), integración estructural (adquisición de derechos posiciones y estatus dentro de los principales mecanismos de producción y redistribución de la sociedad de acogida, como la economía y el mercado de trabajo, el sistema educativo y de formación, el de vivienda, las instituciones del Estado de bienestar, así como los derechos de ciudadanía y al reconocimiento), integración cultural (proceso mutuo e interactivo de cambios cognitivos, culturales, de comportamiento y actitudinales en las poblaciones autóctona e inmigrante), integración social (inclusión y aceptación de los colectivos inmigrantes en las relaciones primarias de la sociedad, redes sociales, amistades, matrimonios y pertenencia a asociaciones) e integración identitaria (sentimientos de identificación y pertenencia).

Todos los criterios apuntados se conjugan en un proceso complejo de integración manifestada por los encuestados en sus respuestas.

Discusión

Antes de abordar la discusión de los resultados obtenidos de los análisis estadísticos, se presentan una serie de apreciaciones en cuanto a las variables relativas a los procesos de inmigración e integración en las bases de datos. Actualmente las bases de datos se muestran insuficientes para entender el problema de la inmigración y de la integración. Es imprescindible desarrollar una batería más amplia de preguntas que cubra todo el espectro de la

percepción sobre la inmigración-integración, tanto desde el punto de vista del inmigrante como del ciudadano o nacional. En este sentido, los procesos de inmigración e integración deben ir unidos dado que son procesos inseparables.

A efectos metodológicos, es fundamental delimitar la conceptualización de lo que se entiende por inmigrante y nacional, es decir, por persona que viene a establecerse y ciudadano del país de acogida. Las preguntas relativas a segundas y terceras generaciones, e incluso posteriores, deben formar parte de los cuestionarios.

Finalmente, las preguntas que se planteen deberían ir en la línea de comprender todo el proceso en su conjunto, es decir, de contemplar la percepción del proceso de inmigración-integración desde la perspectiva de ciudadanos e inmigrantes y desde puntos de vista diversos, como mínimo, desde la cognición, el comportamiento y las emociones. En este sentido, las emociones deberían considerarse una cuestión de interés público. Actualmente están excesivamente relegadas al ámbito privado. Educar en emociones de respeto y tolerancia es fundamental. Ha habido intentos débiles en este sentido en el ámbito educativo español con asignaturas como *Educación para la Ciudadanía*. Sin embargo, dichos intentos son aún insuficientes. Asimismo, aunque se observa en la legislación penal de España y de otros países europeos (con la tipificación de delitos de odio o de discursos de odio) un esfuerzo por visibilizar las emociones como cuestión de carácter público, aún se encuentra en sus inicios. La Unión Europea en su Agenda sobre Migraciones 2015 trata de las emociones, aunque se trata de referencias insuficientes:

Asimismo, las medidas previas a la llegada de inmigrantes pueden ayudar a preparar a las comunidades de acogida para la llegada de nacionales de terceros países, contribuyendo a desarrollar la empatía y el entendimiento para superar los prejuicios y fomentar una actitud abierta y de bienvenida. Muchos estados miembros ya implementan alguna forma de medidas previas en comunidades que reciben a refugiados para su reasentamiento. Por ejemplo, la red SHARE, cofinanciada por la Comisión Europea y que tiene como objetivo conectar las autoridades regionales y locales y la sociedad civil implicada en el reasentamiento e integración de refugiados, ha desarrollado el denominado “Curriculum de la Ciudad Share”, una herramienta para la bienvenida, el respaldo y el empoderamiento de los refugiados reasentados.

Análisis longitudinal

Como afirma Esser, la posición de los nacionales en relación al tipo de integración posible es decisiva. En efecto, no se trata exclusivamente del deseo o la intención de los inmigrantes sino también de cómo son recibidos e integrados por los nacionales. Es por ello que el presente trabajo concibe la integración como un proceso bidireccional. Para el año 2014 se obtienen dos índices de integración, uno que tiene en cuenta la perspectiva del nacional y otro que recoge el sentir de los inmigrantes. De la conjugación de ambos índices se obtiene una visión dinámica de la integración en el doble sentido enunciado.

La obra de Elias y Scotson (1976), *“Established and outsiders”* analizó precisamente las tensiones entre los nuevos y viejos residentes de la ciudad de

Wiston Parva. Los viejos residentes valoraban mucho los estándares, las normas y los modos de vida que tenían. Se identificaban con comportamientos de respeto a sí mismos y de respeto mutuo. Los nuevos residentes eran percibidos como una amenaza a este orden, no porque tuvieran la intención de perturbarlo, sino porque los viejos residentes sentían que su comportamiento rebajaba el estatus de la comunidad y el orgullo y satisfacción que los viejos residentes tenían por la misma. En este sentido, los nuevos residentes eran percibidos como una amenaza por y para los viejos residentes. A partir de aquí, cualquier actuación de los nuevos residentes ofendía la sensibilidad de los viejos. Cualquier comportamiento de los nuevos residentes era objeto de chismorreos con el objeto de demostrar la superioridad moral y de costumbres de los viejos residentes como símbolos de su propia respetabilidad y de su estatus superior, en suma, del orden social existente.

Los aspectos migratorios de la movilidad social suponen una amenaza al orden social existente, dice Elias y Scotson (1976). No pueden concebirse exclusivamente como un cambio geográfico o físico de un sitio a otro. En realidad, se produce un movimiento de un grupo social a otro. Los migrantes tienen que establecer nuevas relaciones con grupos ya existentes y deben acostumbrarse al papel de recién llegados que buscan entrar en, o son forzados a la interdependencia con grupos con costumbres ya establecidas y que tienen que lidiar con problemas específicos de sus nuevos roles. Muy a menudo son forzados a desarrollar un papel de forastero (outsider) en relación con los establecidos y con grupos más poderosos cuyos estándares, creencias, sensibilidades y maneras son diferentes a las suyas.

Según Elias y Scotson (1976) los recién llegados son percibidos como personas que no conocen cuál es su sitio. Los establecidos (established) luchan por su superioridad, por su estatus y por su poder, sus creencias y estándares, y utilizan en esa situación casi todas las armas a su alcance, como el cotilleo o chismorreos, la estigmatización de las creencias de todo el grupo de recién llegados bajo la observación exclusivamente de los aspectos negativos de los mismos, palabras degradantes que se fosilizan y, en la medida de lo posible, la exclusión del poder, en suma, mediante mecanismos de prejuicio y discriminación

Recientemente el rechazo al inmigrante se caracteriza por sentimientos en el contexto de la racialización y de la culpabilización al inmigrante de las rápidas fluctuaciones del mercado laboral y de la economía (Martínez y Lee, 2004). Reflejo y consecuencia de todo lo anterior son las afirmaciones de que los inmigrantes quitan puestos de trabajo, se aprovechan de los beneficios del Estado del Bienestar sin aportar nada a cambio y cometen más delitos que los nacionales o son más propensos a la delincuencia.

La perspectiva integradora de los nacionales. Primer Índice de Integración

Procedemos a obtener un Índice de Integración desde la perspectiva de los nacionales (nacidos en España) utilizando los datos del ESS de 2004, 2008 y

2014. El año 2014 contiene variables de las que carecen los años 2004 y 2008. En todo caso, analizamos las pocas variables de las que constan dichas encuestas.

Tabla 1. Nacidos en España. Análisis Longitudinal.

2014		2008		2004	
Componente	Variable	Componente	Variable	Componente	Variable
PERMISIVIDAD	Allow many/few immigrants from poorer countries in Europe	PERMISIVIDAD	Allow many/few immigrants of different race/ethnic group from majority	PERMISIVIDAD	Allow many/few immigrants of different race/ethnic group from majority
	Allow many/few immigrants of different race/ethnic group from majority		Allow many/few immigrants of same race/ethnic group as majority		Allow many/few immigrants of same race/ethnic group as majority
	Allow many/few immigrants from poorer countries outside Europe		Allow many/few immigrants from poorer countries outside Europe		Allow many/few immigrants from poorer countries outside Europe
	Allow many/few immigrants of same race/ethnic group as majority				
	Allow many or few Jewish people to come and live in country				
PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	Allow many or few Muslims to come and live in country	PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	Country's cultural life undermined or enriched by immigrants	PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	Immigrants make country worse or better place to live
	Allow many or few Gypsies to come and live in country		Immigrants make country worse or better place to live		Country's cultural life undermined or enriched by immigrants
	Immigration bad or good for country's economy		Immigration bad or good for country's economy		Immigration bad or good for country's economy
	Country's cultural life undermined or enriched by immigrants		Immigrants receive more or less than they contribute		
	Immigrants make country worse or better place to live				
CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES	Immigrants take jobs away in country or create new jobs	CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES		CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES	
	Taxes and services: immigrants take out more than they put in or less				
	Religious beliefs and practices undermined or enriched by immigrants				
	Immigrants make country's crime problems worse or better				
	Compared to yourself government treats new immigrants better or worse				
CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES	Qualification for immigration: good educational qualifications	CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES		CUALIFICACIÓN DE LOS INMIGRANTES	
	Qualification for immigration: speak country's official language				
	Qualification for immigration:				

	work skills needed in country
	Qualification for immigration: committed to way of life in country Better for a country if almost everyone shares customs and traditions
RELACION ES SECUNDAR IAS Y PRIMARIAS CON INMIGRAN TES	Immigrant different race/ethnic group majority: your boss Immigrant different race/ethnic group majority: married close relative Qualification for immigration: be white Qualification for immigration: Christian background
PREJUICIO S	Some races or ethnic groups: born harder working Some races or ethnic groups: born less intelligent Some cultures: much better or all equal
RELACION ES PRIMARIAS CON INMIGRAN TES	Different race or ethnic group: have any close friends Different race or ethnic group: contact, how often Different race or ethnic group: contact, how bad or good Of every 100 people in country how many born outside country
LEGISLACI ÓN INMIGRACI ÓN Y REFUGIO	Law against ethnic discrimination in workplace good/bad for a country Government should be generous judging applications for refugee status
PERCEPCI ÓN DEL NÚMERO DE INMIGRAN TES	People of minority race/ethnic group in current living area

*Elaboración propia a partir de la base de datos del ESS Rondas
7ª, 4ª y 2ª para España.*

Como primer componente o factor de nuestro índice de integración, desde la perspectiva de los nacionales, observamos la *Permisividad*. Se trata de una conditio sine qua non para la integración. No habrá integración si no hay entrada. Por lo tanto, la mayor o menor permisividad a la entrada condiciona el posterior proceso de integración.

Para García Cívico (2011), no es una cuestión reciente, sino que ya en el contexto de la crisis del petróleo de los años setenta varios países europeos formularon políticas restrictivas, no sólo en cuanto a la entrada, sino también en relación con las condiciones de permanencia y naturalización. Aparecían así,

para García Cívico, las primeras expresiones de rechazo del inmigrante extranjero comenzando a hablarse del problema de la inmigración con lo que ello significaba para la imagen del inmigrante y, en consecuencia, para su eventual integración.

Para Simon (1987) la normativa promulgada en países receptores de inmigración en fechas recientes no se ha basado en la investigación académica y se ha justificado sobre la base de que había que frenar la ola de *inmigrantes delincuentes*, cada vez con mayor presencia en las instancias del sistema penal. Esta imagen pública ha tenido profundas consecuencias para los inmigrantes más recientes que han tenido que enfrentarse a estereotipos negativos y resistentes al cambio, que sufren discriminación y que son vistos por la opinión pública, tal y como se refleja en sondeos de opinión, como una carga para la sociedad (Simon, 1987).

Las formulaciones legales en el ámbito de la inmigración se desarrollan sobre la base de dos fuerzas contrapuestas, la protección de los derechos de los inmigrantes y la preservación de la soberanía de los estados en relación con las cuestiones de inmigración. En función de los diferentes equilibrios de estas dos fuerzas se producen las actitudes hacia los inmigrantes. Obviamente las actitudes hacia los inmigrantes presuponen determinadas concepciones sobre los mismos. Tales concepciones no son neutrales ni dejan de tener consecuencias.

Afirma Tirman (2004a) que existe un nexo inmigración-seguritización como consecuencia no intencionada de la nueva securitización de la inmigración, especialmente en las Directivas sobre seguridad interior. En el análisis de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se observa la construcción jurídica de la inmigración como una cuestión de seguridad, de ahí que la *Permisividad* aparezca como una cuestión prioritaria en un hipotético Índice de Integración.

Las fronteras de la Unión Europea, de acuerdo con Thränhardt and Miles (1995) son más reales para países que no forman parte de la OCDE que para miembros de países OCDE. En Europa, hay actualmente una visión de cercanía cultural y de similitud entre todas las naciones de Europa occidental que se ha construido y legitimado por medio de significativo y significado y mediante la naturalización de la diferencia en relación con poblaciones de las periferias de la economía mundial a quienes *por su bien* se ruega que permanezcan en los lugares donde pertenecen (Thränhardt and Miles, 1995). Hay también una conexión, aunque más indirecta entre política de inmigración en la Unión Europea y racismo y xenofobia por la vía de establecer restricciones y controles a grupos de inmigrantes lo que conlleva una imagen negativa de los mismos y, en consecuencia, riesgo de que esas expresiones públicas se conviertan en racismo y xenofobia.

El segundo componente del Índice de Integración desde la perspectiva del nacional es la *Percepción del Inmigrante*. Las variables que lo componen se refieren a cuestiones de percepción sobre si el inmigrante enriquece o empobrece la cultura de nuestro país, o de si comete o no más delitos que los nacionales.

Como dice Mears (1999), existe una absoluta falta de datos rigurosos, de métodos precisos de recogida de datos y de planteamiento adecuado de las preguntas, en consecuencia, nos encontramos con que nos movemos en el ámbito de la pura especulación.

La imagen o percepción del inmigrante en las mentes de los nacionales se forma a partir del mecanismo de formación de la identidad propia y ajena. Esa percepción o imagen colectiva ha sido moldeada o formada a partir de influencias múltiples como la opinión de los políticos, la visión de los medios de comunicación, la ideología dominante, el poder dominante, los intereses creados. Se trata de una visión que ha de ser situada en el tiempo (siglo XXI) y en el espacio (Occidente), pues no ha sido ni será siempre así. Es, en consecuencia, cambiante, aunque manifiesta una sólida implantación y mucha resistencia al cambio.

El modo de llegada a Occidente de la mayoría de inmigrantes condiciona de manera definitiva la opinión y la visión que los nacionales tienen de muchos inmigrantes que llegan a sus países buscando una vida mejor, porque no llegan con buenas ropas y joyas, con cámaras fotográficas, con dinero en los bolsillos, peinados y maquillados sino que llegan abatidos por el hambre y las adversidades, por el miedo, por el sufrimiento padecido a lo largo de un viaje que parecía no tener fin y por la pena de dejar sus casas y a su familia, a la que quizá no vuelvan a ver nunca más. No llegan avalados por sus países de origen, por Gobiernos poderosos y ricos, sino que proceden de países devastados con Gobiernos corruptos.

Nadler (2012) afirma que existe evidencia suficiente para afirmar que nuestra percepción sobre las motivaciones e intenciones de una persona son esenciales para la formación de una opinión acerca del carácter de esa persona.

En efecto, en la vida diaria la distinción entre buenos y malos juega un papel esencial en la función social. Cuando nos encontramos con una nueva persona, inmediatamente valoramos su intención percibida (es decir, los rasgos de amabilidad y confiabilidad) para determinar si es amigo o enemigo. Realizamos este juicio de manera muy rápida. Para Pizarro y Tannenbaum (2011), la primacía del juicio sobre el carácter moral sugiere que esa valoración que hacemos afecta al proceso de culpabilización. Es decir, cuando estamos decidiendo hasta qué punto culpabilizar a una persona de un daño, parece que nos preguntamos ¿hasta qué punto esta persona es una mala persona? En lugar de preguntarnos ¿hasta qué punto esta acción concreta está mal? La culpabilización se centra en gran medida en la percepción que se tiene del carácter moral de la persona por lo que cualquier rasgo que influya en nuestra percepción acerca del carácter moral de persona influirá en nuestros juicios sobre su culpabilidad en un determinado acto.

Quillian (1995) y Kessler y Freeman (2005) consideran que la percepción de una amenaza, entendida como una función de las condiciones económicas y del tamaño del grupo subordinado en relación con el grupo dominante, es un determinante de las variaciones en los prejuicios. A raíz de estas afirmaciones, los autores concluyen que una situación económica de crisis conlleva medidas proteccionistas y sentimientos anti-inmigrantes.

Kessler y Freedman (2005), Lahav (2004) y Zimmermann (1995) consideran que la percepción de un mayor desempleo (más que cambios reales en las cifras de desempleados) es lo más importante en la formación de la opinión pública. De hecho, estudios llevados a cabo por dichos autores concluyeron que no habían encontrado ninguna conexión entre inmigración y disminución del empleo.

Mayda (2004) y McLaren (2002) consideran que, en los sentimientos hacia los inmigrantes y en la construcción de la opinión pública, entran en juego una serie de factores intangibles. Se trata fundamentalmente de la amenaza percibida contra la identidad nacional y cultural.

De Vreese y Boomgaarden (2005) y Kessler y Freeman (2005) han observado la creación dentro de la nación de grupos internos y externos a la sociedad. Los grupos externos son tratados con hostilidad lo que podría deberse a la alta concentración de inmigrantes en el vecindario o en la ciudad, especialmente en sociedades donde los niveles de inmigración han superado el crecimiento nacional como ocurre en numerosos países de la Unión Europea.

McLaren (2002) y Lahav (2004) centran la cuestión en la percepción de una amenaza cultural. En consecuencia, no se trata de una amenaza contra las vidas de los individuos sino contra la nación en su conjunto siendo el resultado del apego a grupos, identidades y nacionalismos.

Hooghe y Marks (2004) consideran que la cuestión fundamental se centra en cómo los individuos construyen sus identidades. En este sentido, las percepciones de la identidad nacional como incluyentes o excluyentes junto con las actitudes hacia el multiculturalismo son muy importantes. Asimismo, la relación entre inmigración e integración es fundamental dado que las personas que se sientan amenazadas por los inmigrantes tenderán de manera más agresiva a respaldar a sus gobiernos nacionales.

La compleja transformación de las sociedades europeas ha generado una crisis de identidad nacional que ha provocado un discurso político basado en la restauración del vínculo entre nacionales y territorio nacional (Ellinas, 2010) y en la recuperación del orden mediante la vinculación de las fronteras entre ellos y nosotros con la identidad, la cultura y la civilización (Appadurai, 2007).

Ellinas reconoce un cambio socio-cultural, en muchas democracias estables, hacia la polarización entre, por una parte, aquéllos que propugnan valores postmateriales y, por lo tanto, más proclives al pluralismo cultural y los que manifiestan sus preferencias por el proteccionismo cultural y el fortalecimiento de la identidad nacional bajo la amenaza percibida de potenciales extranjeros terroristas o durmientes.

Como tercer componente del Índice de Integración, destaca la *Cualificación*. En principio, las preguntas planteadas se enfocan en la línea de comprender hasta qué punto el imaginario del nacional dibuja la figura del inmigrante como un igual, es decir, como una persona asimilable de inmediato dado que compartiría según este imaginario una serie de rasgos similares a o aceptables por los nacionales. En este sentido, las buenas cualificaciones educativas, el conocimiento del idioma oficial del país, las habilidades que el país requiere y necesita, el compromiso con el modo de vida del país y el hecho de compartir

costumbres y tradiciones, se muestra como un componente de enorme transcendencia en el entendimiento de la integración del inmigrante.

En el caso de España, la inmigración proveniente de países latinoamericanos reúne muchos de los requisitos reclamados en el componente. Ello ha de influir forzosamente en la diferente calidad de la integración de estos inmigrantes en España por comparación con personas procedentes de países no tan homogéneos.

Las *Relaciones Secundarias y Primarias* como cuarto componente del Índice de Integración se desarrollan en un nivel micro. Estas relaciones modelan la integración pues crean vínculos y sentidos de pertenencia y aceptación tales como casarse con un inmigrante de diferente raza o etnia o el hecho de que dicho inmigrante sea el jefe en el ámbito laboral.

Los *Prejuicios* crean expectativas respecto de los inmigrantes. Allport (1954) afirmó que el prejuicio es una antipatía basada en una errónea e inflexible generalización. Tropp y Pettigrew (2005) sugieren que la definición reúne dos elementos, una emoción negativa o sentimiento afectivo hacia el grupo objetivo (antipatía) y una creencia pobremente fundamentada sobre los miembros del grupo objetivo (estereotipo). La doble naturaleza del prejuicio como afectiva y cognitiva es de especial importancia.

En consecuencia, la percepción de una amenaza (económica, cultural, de intereses o identidades) produce prejuicio lo que provoca discriminación y efectos negativos para los inmigrantes. El prejuicio es una actitud en la cabeza de las personas, la discriminación está presente en el comportamiento.

Los estereotipos negativos sobre los inmigrantes pueden crear percepciones de amenaza en los nacionales dado que sirven de expectativas negativas en relación con los inmigrantes. En consecuencia, se anticipan situaciones negativas y de conflicto. Por ejemplo, cuando se percibe a los inmigrantes como agresivos, no inteligentes y poco fiables, los nacionales pueden sentirse amenazados por el solo hecho de interactuar con ellos.

La *Legislación sobre Inmigrantes y Refugiados* y la *Cercanía de los Inmigrantes* son los dos últimos componentes de este primer Índice de Integración. La *Legislación* es fundamental en el proceso de entrada de inmigrantes. Los inmigrantes mantienen una compleja relación con la ley. Identificar a una persona como inmigrante implica, en lenguaje ordinario que ha cruzado unas fronteras territoriales legalmente determinadas. En terminología legal, hablar de inmigrante implica un conjunto específico de derechos distintos de los del ciudadano. Reconocer el papel de la ley en la identificación y clasificación de las personas que se mueven a lo largo de las fronteras nacionales conlleva que los migrantes aparezcan como construcciones legales.

En la medida en que la identificación de los inmigrantes se convierte en un lugar común, el concepto de inmigrante se distancia de sus fundamentos normativos. Pero no se puede entender la migración al margen de las decisiones legales y políticas que, de hecho, están en la base de la clasificación y regulación

de la migración. El discurso sobre los derechos de los inmigrantes no es una excepción a esto.

Cachón Rodríguez (2009) afirma que desde el punto de vista normativo, se puede considerar que las políticas de integración son aquellas que, además de garantizar la igualdad de trato y no discriminación en una sociedad libre y plural (es decir, de garantizar la igualdad de derechos cívicos, sociales, económicos, culturales y políticos), fomentan la igualdad de oportunidades entre todas las personas y grupos que forman parte de la sociedad en la que esas políticas se aplican y reconocen el pluralismo cultural que incorporan distintos grupos sociales (antiguos y nuevos), fomentando su interacción. El resultado que buscan estas políticas es la creación de una sociedad con vínculos sociales (y económicos, culturales y políticos) fuertes que garanticen la pertenencia plena (que no quiere decir exclusiva) de los individuos y grupos que la forman y el doble sentimiento de los individuos y grupos que hace que sientan la sociedad (como) suya (asumiendo la memoria y el proyecto colectivo) y se sientan aceptados (porque vean asumida colectivamente su memoria) por la sociedad, maximizando de esta manera la capacidad de los individuos para decidir (es decir, elegir) sobre sus propias vidas.

Detrás de esta concepción de lo que deben ser las políticas de integración de y con los inmigrantes en países como España en los albores del siglo XXI, hay una apuesta simultánea por la justicia en dos dimensiones: justicia redistributiva y justicia de reconocimiento.

Las Comunidades Autónomas desarrollan políticas orientadas específicamente a la integración de los inmigrantes a través de planes específicos de actuación que, además, de incluir sus actuaciones universalistas o específicas en los grandes campos del Estado de bienestar, han abordado a veces otros ámbitos como la sensibilización, la participación de inmigrantes o la cooperación al desarrollo con los países de origen de los inmigrantes.

En relación con los nacionales, se ha desarrollado en este estudio un nuevo índice de integración utilizando la base de datos del ESS correspondiente al año 2014. La pretensión es realizar un análisis de Regresión por Pasos que muestre las correlaciones entre cuatro variables dependientes y los componentes principales del Índice de Integración como variables independientes. Con este objeto se ha procedido a eliminar del ACP, las siguientes variables que se utilizarán como variables dependientes en el análisis de Regresión por Pasos: 1. *La inmigración es mala o buena para la economía del país*, 2. *Los inmigrantes quitan puestos de trabajo en el país o crean nuevos trabajos*, 3. *Los inmigrantes empeoran los problemas de delincuencia del país o los mejoran* y 4. *Los inmigrantes hacen del país un sitio peor o mejor para vivir*. En consecuencia, en el ACP realizado no se han tenido en cuenta las cuatro variables indicadas pues se utilizan como variables dependientes. Una vez obtenidos los componentes principales del nuevo índice de integración, se lleva a cabo un análisis de Regresión Por Pasos para identificar aquellos componentes que mejor correlacionan con estas cuatro variables, el objetivo es entender mejor el tipo de integración significativa para los nacionales.

Tabla 2. Nacidos en España. Análisis de Componentes Principales y Regresión por Pasos.

REGRESIÓN POR PASOS				ANÁLISIS DE COMPONENTES PRINCIPALES		
Delito	Empleo	Cultura	Economía	Componente	Variables	Saturación
3°	6°	5°	4°	VALORACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS	Trust in politicians Trust in country's parliament Trust in political parties Politicians care what people think Trust in the legal system How satisfied with the way democracy works in country How satisfied with the national government Political system allows people to have a say in what government does Political system allows people to have influence on politics Trust in the police How satisfied with present state of economy in country	0,847 0,808 0,796 0,736 0,712 0,681 0,654 0,601 0,598 0,568 0,470
1°	1°	1°	1°	PERMISIVIDAD CON Y PERCEPCIÓN DE INMIGRANTES	Allow many/few immigrants from poorer countries in Europe Allow many/few immigrants from poorer countries outside Europe Allow many/few immigrants of different race/ethnic group from majority Allow many/few immigrants of same race/ethnic group as majority Country's cultural life undermined or enriched by immigrants Compared to yourself government treats new immigrants better or worse Government should be generous judging applications for refugee status Better for a country if almost everyone shares customs and traditions	0,915 0,912 0,894 0,871 -0,532 -0,473 0,472 -0,387
4°	7°	6°	3°	CUALIFICACIÓN INMIGRANTES	Qualification for immigration: good educational qualifications Qualification for immigration: speak country's official language Qualification for immigration: work skills needed in country Qualification for immigration: committed to way of life in country Qualification for immigration: Christian background	0,826 0,787 0,757 0,653 0,503
4	4	8°	7°	CIUDADANÍA POLÍTICA	Confident in own ability to participate in politics Able to take active role in political group Easy to take part in politics How interested in politics Feel closer to a particular party than all other parties	0,799 0,771 0,691 -0,601 -0,423

5	2°	3°	2°	EMPLEO E INGRESOS	Household's total net income, all sources	-0,739
					Feeling about household's income nowadays	0,617
					Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job	0,567
					Occupation, ISCO08	0,537
					Employment contract unlimited or limited duration	0,456
6°	8°	4°	11°	CIUDADANÍA SOCIAL Y POLÍTICA	Worked in another organisation or association last 12 months	0,695
					Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months	0,680
					Worked in political party or action group last 12 months	0,654
					Contacted politician or government official last 12 months	0,580
7°	3°	2°	5°	RELACIONES PRIMARIAS Y SECUNDARIAS	Immigrant different race/ethnic group majority: your boss	0,847
					Immigrant different race/ethnic group majority: married close relative	0,799
					Qualification for immigration: be white	0,570
8	8	8	8	FELICIDAD Y SATISFACCIÓN CON LA VIDA	How happy are you	0,830
					How satisfied with life as a whole	0,758
					Enjoyed life, how often past week	0,731
9	9°	9	6°	AGENCIA VS. ESTRUCTURA	Allowed to influence policy decisions about activities of organisation	0,847
					Allowed to decide how daily work is organised	0,794
					Responsible for supervising other employees	-0,572
10	11°	13°	10°	IGUALDAD	Important that people are treated equally and have equal opportunities	0,692
					Important to care for nature and environment	0,680
					Important to understand different people	0,672
					Government should reduce differences in income levels	0,320
11	10°	11	12°	SALUD Y EDUCACIÓN	State of health services in country nowadays	0,751
					State of education in country nowadays	0,633
12	12	11°	13°	ALIMENTOS	How often eat fruit, excluding drinking juice	0,800
					How often eat vegetables or salad, excluding potatoes	0,761
13	13	12°	13	ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work	0,824
					Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months	-0,785

8°	5°	7°	8°	NÚMERO DE INMIGRANTES	People of minority race/ethnic group in current living area	0,671
					Of every 100 people in country how many born outside country	0,600
2°	15	10°	15	SEGURIDAD PERSONAL	Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years	0,643
					Feeling of safety of walking alone in local area after dark	-0,598
16	16	9°	16	EMPLEO	Have a set 'basic' or contracted number of hours	0,766
17	17	17	17	SALUD	Discussed health, last 12 months: general practitioner	-0,766
					Subjective general health	-0,500
					Voted last national election	0,403
18	4°	18	9°	LEGISLACIÓN	Law against ethnic discrimination in workplace good/bad for a country	-0,594
					Boycotted certain products last 12 months	0,430
5°	19	19	19	RELACIONES PRIMARIAS	Different race or ethnic group: have any close friends	0,425
20	20	20	20	EGO	Important to show abilities and be admired	0,863

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ESS España 2014

El nuevo Índice de Integración tiene como componentes fundamentales, en primer lugar, la *Valoración (Confianza en y Satisfacción con) las Instituciones Públicas*, en segundo lugar, la *Permisividad y Percepción del Inmigrante*, en tercer lugar, la *Cualificación del Inmigrante* y en cuarto y sexto, la *Ciudadanía Política* y la *Ciudadanía Social y Política*, respectivamente. Todos ellos correlacionan significativamente con las cuatro variables enunciadas anteriormente, siendo el componente *Permisividad y Percepción del Inmigrante* el componente que correlaciona en primer lugar en los análisis de Regresión por Pasos de las cuatro variables dependientes.

Otros dos componentes correlacionan también con las cuatro variables dependientes, a saber, las *Relaciones Primarias y Secundarias* y la percepción del *Número de Inmigrantes*.

En relación con la *Ciudadanía*, Mezzadra (2005) sugiere que en la actualidad hay que leer las migraciones “a través de la lente de la ciudadanía: por un lado, no se podrá prescindir del contexto general de crisis de la ciudadanía que caracteriza las sociedades occidentales contemporáneas; por otro, se deberá prestar atención a las específicas demandas subjetivas de ciudadanía que los

movimientos migratorios expresan, justamente en tanto que movimientos sociales”.

De acuerdo con De Lucas (2003), entre los distintos aspectos que comprende la *Ciudadanía*, se encuentran el estatus formal (ciudadano frente a extranjero) y el aspecto político (que confiere al ciudadano la condición de titular de la comunidad política) y “*un vínculo de identidad, de pertenencia y de reconocimiento. En realidad, la dimensión básica y la que aparece cada vez más necesitada de justificación: la pertenencia (membership) a una comunidad de autogobierno, a una sociedad política*”. Una cuestión central de las consideraciones actuales sobre la ciudadanía, especialmente si se considera desde la “cuestión migratoria”, es esta capacidad simbólica de generar pertenencia y sentido de pertenencia, es decir, su aportación a las identidades de los individuos y de los grupos sociales (Cachón Rodríguez, 2009).

Para Zolo (1997) en una tradicional lógica de las relaciones Estado-mercado, “*el problema que afronta la ciudadanía democrática es determinar si en las sociedades postindustriales hay o no espacio para una experiencia democrática y un Estado de derecho que no estén totalmente subordinados al modelo de mercado y su lógica competitiva*”. Frente a la homogeneización, se añade en la actualidad el reconocimiento de la diversidad cultural como un hecho de nuestras sociedades (Cachón Rodríguez, 2009). Para Miller (1997), “*el problema de la ciudadanía y el pluralismo es fácil de plantear, pero muy difícil de resolver. Su premisa es la fragmentación cultural de los Estados modernos*”. Una política de integración de los inmigrantes ha de moverse en la tensión entre esos dos campos: la ciudadanía democrática y el pluralismo.

Hay importantes razones, afirman Nadeau et al. (1993), para creer que la *Percepción sobre el Número de Inmigrantes* está sesgada al alza. Hay una abundante literatura que considera que los ciudadanos tienden a sobreestimar el tamaño de las minorías que habitan en sus países. En consecuencia, es de esperar, dicen Nadeau et al., que este mismo sesgo se aplique a la percepción sobre el número de inmigrantes. En efecto, en un reciente estudio en la Unión Europea se observó que la percepción de los ciudadanos acerca del número de inmigrantes en sus países era muy superior al número real.

Strabac, en un estudio realizado con datos del *European Social Survey* 2002/2003, concluyó que como regla general los europeos piensan que la población inmigrante en sus países es mayor que la real. Asimismo, que el tamaño percibido está asociado con la amenaza percibida y que la amenaza percibida conlleva el apoyo a prácticas excluyentes contra los extranjeros. Cuanto mayor es el tamaño percibido, más pronunciadas son la amenaza y las actitudes anti-extranjeros.

Quillian (1995) y Scheepers et al. (2002) observaron una asociación positiva entre el tamaño relativo de la población extranjera y las actitudes antiinmigrantes. Es decir, de acuerdo con sus estudios las posiciones excluyentes y los sentimientos contra las minorías tienden a ser más pronunciados en países donde los extranjeros están fuertemente concentrados. Sin embargo, Evans y Need (2002) no encontraron ningún efecto del tamaño

relativo de la población extranjera en las actitudes contra las minorías en los países del Este de Europa.

Semyonov et al. (2004) sugieren que no es el tamaño sino la percepción del tamaño la que está fuertemente relacionada con la percepción de amenaza y con las actitudes discriminatorias. Cuanto mayor es el tamaño percibido de la población extranjera, más acentuada es la percepción de amenaza y el apoyo a políticas excluyentes. Se ha de tener en cuenta que la percepción es una construcción social con lo que se avala el hecho de la securitización y de la construcción de los inmigrantes como una amenaza a través de circunstancias que pueden conllevar amenaza como el número de inmigrantes.

En el mismo sentido, concluyen Hooghe y De Vroome (2015) afirmando que es el tamaño percibido el que, en efecto, produce sentimientos anti-inmigrantes.

Se observa en este ACP y análisis de Regresión por Pasos que las emociones que más significativa correlación presentan con las cuatro variables es la *Confianza en y Satisfacción con las Instituciones Públicas*. Se trata, en consecuencia, de emociones de carácter público y a un nivel que podríamos considerar macro.

La perspectiva de integración de los inmigrantes.

En relación con los inmigrantes (no nacidos en España), el Índice de Integración longitudinal revela la repetición de varios componentes principales durante todos los años objeto de análisis. La *Valoración de las Instituciones Públicas* (ciertamente negativa, pues merecen por parte de la población inmigrante muy poca confianza), la *Ciudadanía Política*, La *Felicidad y Satisfacción con la Vida y con la Economía* (también con valoraciones muy bajas), la Agencia vs. Estructura, la Salud, el Empleo e Ingresos y la Ciudadanía Social.

Tabla 3. No Nacidos En España. Análisis Longitudinal.					
2014		2008		2004	
Componente	Variable	Componente	Variable	Componente	Variable
VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS	Trust in politicians	VALORACIÓN DE INSTITUCION ES PÚBLICAS	Trust in the legal system	VALORACIÓN DE INSTITUCION ES PÚBLICAS	n country's parliament
	Trust in the legal system		Trust in country's parliament		n politicians
	Trust in country's parliament		Trust in the police		n political parties
	Trust in political parties		Trust in politicians		n the legal system
	How satisfied with the way democracy works in country				
			Trust in political parties		n the police

	Trust in the police State of health services in country nowadays How satisfied with the national government State of education in country nowadays		How satisfied with the national government How satisfied with present state of economy in country	SATISFACCIÓN CON INSTITUCIONES PÚBLICAS	atisfied with the way democracy works in country atisfied with the national government atisfied with present state of economy in country
	Politicians care what people think Feel closer to a particular party than all other parties Political system allows people to have a say in what government does	AGENCIA VS. ESTRUCTURA EN EMPLEO/INGRESOS	Allowed to decide how daily work is organised Allowed to influence policy decisions about activities of organisation		
			Occupation, ISCO88 (com)		atisfied with life as a whole
			Responsible for supervising other employees		g about household's income nowadays nment should reduce differences in income levels or displayed campaign badge/sticker last 12 months
CIUDADANÍA POLÍTICA			Household's total net income, all sources	SATISFACCIÓN CON LA VIDA E INGRESOS	
	Able to take active role in political group Confident in own ability to participate in politics		Feeling about household's income nowadays		
	How interested in politics		How satisfied with life as a whole		ration bad or good for country's economy rants make country worse or better place to live
	Easy to take part in politics	SATISFACCIÓN, FELICIDAD Y CUIDADOS HACIA EL OTRO	How happy are you		y's cultural life undermined or enriched by immigrants nsible for supervising other employees
PERCEPCIÓN INMIGRANTES	Feel close to country		Signed petition last 12 months Important to help people and care for others well-being	PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	
	Signed petition last 12 months				
	Country's cultural life undermined or enriched by immigrants Immigration bad or good for country's economy Immigrants make country worse or better place to live		Immigrants make country worse or better place to live Country's cultural life undermined or enriched by immigrants Immigration bad or good for country's economy		ed to influence policy decisions about activities of organisation ed to decide how daily work is organised nination of respondent's group: nationality ident or household member victim of burglary/assault last 5 years
		PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE		AGENCIA VS. ESTRUCTURA, DISCRIMIN. Y SEGURIDAD	

FELICIDAD Y SATISFACCIÓN CON ECONOMÍA	How happy are you Feeling about household's income nowadays How satisfied with present state of economy in country	ESTADO DE Y SATISFACCIÓN CON INSTITUCIONES PÚBLICAS	State of health services in country nowadays State of education in country nowadays How satisfied with the way democracy works in country	FELICIDAD, SALUD, EMPLEO Y CIUDADANÍA POLÍTICA	appy are you f health services in country nowadays last 7 days: unemployed, actively looking for job
SALUD Y ATENCIÓN MÉDICA	Discussed health, last 12 months: medical specialist Subjective general health Felt everything did as effort, how often past week	INTERÉS Y CERCANÍA CON LA POLÍTICA	How interested in politics Feel closer to a particular party than all other parties	SEGURIDAD PERSONAL Y CIUDADANÍA POLÍTICA	tted certain products last 12 months g of safety of walking alone in local area after dark ted politician or government official last 12 months
CIUDADANÍA POLÍTICA/RESPONSABILIDAD GOBIERNO	Worked in political party or action group last 12 months Worked in another organisation or association last 12 months Political system allows people to have influence on politics Government should reduce differences in income levels Immigrants make country's crime problems worse or better	SEGURIDAD PERSONAL Y SALUD	Feeling of safety of walking alone in local area after dark Subjective general health Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years	EMPLEO Y ESTADO DE LA EDUCACIÓN	l petition last 12 months ation, ISCO88 (com) f education in country nowadays
AGENCIA VS. ESTRUCTURA	Allowed to decide how daily work is organised Allowed to influence policy decisions about activities of organisation Important to show abilities and be admired	RESPONSABILIDAD GOBIERNO	Government should reduce differences in income levels	CERCANÍA POLÍTICA	oser to a particular party than all other parties nterested in politics
EMPLEO E INGRESOS	Occupation, ISCO08	CIUDADANÍA POLÍTICA Y SOCIAL	Worked in political party or action group last 12 months Boycotted certain products last 12 months	CIUDADANÍA POLÍTICA E	ant to help people and care for others well-being ant to make own decisions and be free

	Household's total net income, all sources	INDIVIDUALISMO	Important to show abilities and be admired	SALUD E INGRESOS	tive general health hold's total net income, all sources
	Voted last national election Responsible for supervising other employees	CIUDADANÍA SOCIAL Y DISCRIMINACION	Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months Discrimination of respondent's group: nationality		
AGENCIA VS. ESTRUCTURA II	Important to make own decisions and be free Contacted politician or government official last 12 months	CIUDADANÍA SOCIAL	Worked in another organisation or association last 12 months		
ACTITUDES Y CUIDADOS HACIA EL OTRO	Administration of attitudes to migrants Important to help people and care for others well-being	EMPLEO RECIENTE	Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job Contacted politician or government official last 12 months		
DISFRUTE Y SATISFACCIÓN CON LA VIDA	Enjoyed life, how often past week How satisfied with life as a whole	AGENCIA VS. ESTRUCT/EMPLEO	Important to make own decisions and be free Employment contract unlimited or limited duration		
SEGURIDAD PERSONAL, REFUGIADOS Y EMPLEO	Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years Government should be generous judging applications for refugee status Employment contract unlimited or limited duration Feeling of safety of walking alone in local area after dark				
CIUDADANÍA SOCIAL	Boycotted certain products last 12 months				
ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work Unable to get medical consultation or treatment, last 12				

	months
EMPLEO	Have a set 'basic' or contracted number of hours
PREJUICIOS Y DISCRIMINACIÓN	Immigrants take jobs away in country or create new jobs Discrimination of respondent's group: nationality
ALIMENTACIÓN Y CIUDADANÍA SOCIAL	How often eat fruit, excluding drinking juice Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months
ALIMENTACIÓN	How often eat vegetables or salad, excluding potatoes
EMPLEO Y ATENCIÓN MÉDICA	Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job Discussed health, last 12 months: general practitioner Discussed health, last 12 months: general practitioner

Elaboración propia a partir de datos del ESS Rondas 2ª, 4ª y 7ª para España.

La pregunta que se plantea en este punto del estudio es qué componentes del hipotético índice de integración correlacionan con una variable que refleje de manera lo más global posible la cercanía de los inmigrantes con España. Para ello se ha contrastado la correlación entre los principales componentes de un hipotético índice de integración y la variable dependiente *“Feel close to country”* mediante la elaboración de un segundo índice de integración de los inmigrantes donde se elimina del conjunto de variables elegidas para el ACP, la variable *“Feel close to country”*. El objetivo, como decimos, es llevar a cabo un análisis de Regresión para conocer cuáles son los Componentes Principales que mejor correlacionan con la variable dependiente *“Feel close to country”*.

El resultado es muy ilustrativo de lo que significa para los inmigrantes la integración. Las variables que mejor correlacionan en un análisis de Regresión

por Pasos con “*Feel close to country*” son, por este orden, *Agencia vs. Estructura*, *Ciudadanía Social y Política/Agencia vs. Estructura* y, en tercer lugar, *Ciudadanía Política*. Los componentes más emocionales, aunque correlacionen, no parecen aportar nada significativo a los componentes que correlacionan de manera más contundente. Ello refuerza la hipótesis prevalente en la literatura especializada acerca de la importancia que tienen cuestiones como la capacidad de tomar decisiones y la ciudadanía social y política.

Tabla 4. No Nacidos En España. Análisis ACP Y Regresión Por Pasos Con "Feel Close To Country"		
COMPONENTE	VARIABLES	SATURACION
VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS	Trust in politicians	0,827
	Trust in the legal system	0,769
	Trust in country's parliament	0,755
	How satisfied with the national government	0,724
	Trust in political parties	0,713
	Trust in the police	0,713
	How satisfied with the way democracy works in country	0,711
	State of health services in country nowadays	0,683
	State of education in country nowadays	0,609
	Politicians care what people think	0,560
	Political system allows people to have a say in what government does	0,446
	Feel closer to a particular party than all other parties	-0,399
3° CIUDADANÍA POLÍTICA	Able to take active role in political group	0,866
	Confident in own ability to participate in politics	0,752
	Easy to take part in politics	0,737
	How interested in politics	-0,563
PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	Immigration bad or good for country's economy	0,851
	Country's cultural life undermined or enriched by immigrants	0,793
	Immigrants make country worse or better place to live	0,771
	Important that people are treated equally and have equal opportunities	-0,393
FELICIDAD, SATISFACCIÓN CON VIDA Y ECONOMÍA	How happy are you	0,784
	Feeling about household's income nowadays	-0,741
	How satisfied with life as a whole	0,702
	How satisfied with present state of economy in country	0,596
SALUD	Subjective general health	0,823
	Discussed health, last 12 months: medical specialist	0,691
	Felt everything did as effort, how often past week	0,679
INDIVIDUALISMO VS. COLECTIVISMO	Administration of attitudes to migrants	-0,780
	Important to help people and care for others well-being	0,751
	Important to understand different people	0,580
CIUDADANÍA SOCIAL, POLÍTICA	Worked in another organisation or association last 12 months	0,727
	Worked in political party or action group last 12 months	0,651
	Political system allows people to have influence on politics	-0,427
	Government should reduce differences in income levels	0,378
	Immigrants make country's crime problems worse or better	-0,323
1° AGENCIA VS. ESTRUCTURA	Allowed to decide how daily work is organised	0,886
	Allowed to influence policy decisions about activities of organisation	0,763

2º	EMPLEO	Responsible for supervising other employees	0,763
		First ancestry, European Standard Classification of Cultural and Ethnic Groups	-0,694
		Occupation, ISCO08	0,575
	EMPLEO, SEGURIDAD, INGRESOS	Employment contract unlimited or limited duration	0,813
		Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years	-0,660
		Voted last national election	0,471
		Household's total net income, all sources	-0,409
	CIUDADANÍA SOCIAL	Boycotted certain products last 12 months	0,862
	CIUDADANÍA SOCIAL Y POLÍTICA/AGENCIA VS. ESTRUCTURA	Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months	-0,005
		Important to make own decisions and be free	0,758
		Contacted politician or government official last 12 months	0,583
		Signed petition last 12 months	0,491
	ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work	-0,867
		Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months	0,660
	DISFRUTE	Enjoyed life, how often past week	0,801
	EMPLEO BÁSICO	Have a set 'basic' or contracted number of hours	0,798
		Government should be generous judging applications for refugee status	-0,411
	ALIMENTOS	How often eat vegetables or salad, excluding potatoes	0,849
	DESEMPLEO Y SALUD RECIENTES	Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job	0,733
		Discussed health, last 12 months: general practitioner	0,555
	ALIMENTOS Y SEGURIDAD PERSONAL	How often eat fruit, excluding drinking juice	0,689
		Feeling of safety of walking alone in local area after dark	0,540
	VALORES POSMODERNOS	Important to care for nature and environment	0,807
		Important to show abilities and be admired	0,481

Elaboración propia a partir de datos del ESS Ronda 7ª de 2014 para España

La *Agencia vs. Estructura* del actor social (en nuestro caso, el inmigrante) se fundamenta, para Cachón Rodríguez (2009), en las democracias, que deben garantizar la libertad de los ciudadanos, una libertad que pueda ser disfrutada de modo efectivo. Sugiere Pettit (2007) que, para el pensamiento republicano, “*existe un valor político superior, la libertad como no dominación, y un principio último de gobierno: igualar y maximizar el disfrute de dicha libertad entre la ciudadanía. El Estado cívico, la res publica, debería organizarse de forma que sus miembros o ciudadanos no tengan un dominus o amo en ninguno de los aspectos de su vida. Deben ser libres en el sentido esencial de no estar sometidos al control de ninguna otra persona o grupo u organización. Deben ser ellos mismos como hombres y mujeres, capaces de vivir sin miedo ni sumisión, capaces de tomar sus propias decisiones sin tener que pedir favores o rogar a los demás.*” La toma de decisiones sin pedir favores, sin tener que rogar

a los demás, es la máxima expresión de la *Agencia* a la que se adhieren los inmigrantes a la hora de valorar su modo y grado de integración.

Lo que se ha denominado en el Índice de Integración *Ciudadanía Social y Política* hace referencia a cuestiones que tienen que ver con los vínculos de identidad, de pertenencia y de reconocimiento. En el PEGI (2007-2010) se consagra el principio de ciudadanía como el reconocimiento de la plena participación cívica, social, económica, cultural y política de los inmigrantes.

Para Strozzi (2016), la ciudadanía es la institución legal que otorga la completa pertenencia (política, social y de derechos) de un individuo en el seno de un estado, con los derechos y los deberes que implica. La ciudadanía otorga una serie de beneficios como el derecho al voto, mejores oportunidades de empleo, la posibilidad de viajar sin restricciones, la protección legal en caso de cargos penales y la posibilidad de obtener un visado para los familiares.

La ciudadanía establece la frontera entre extranjeros y nacionales. Sin embargo, las sociedades actuales se caracterizan por la convivencia en su seno de personas oriundas de diferentes países y culturas. En este sentido, el concepto tradicional de ciudadanía, basado en la idea de coherencia entre una cultura y una nación, de hecho, no implica diversidad cultural y en consecuencia, se muestra inadecuado para contener las diferencias culturales que caracterizan a las actuales sociedades multiculturales.

Por todo lo anterior, la ciudadanía es fundamental para mejorar la integración socio-económica y política de los inmigrantes. En todo caso, para una eficaz integración, las políticas de ciudadanía deberían acompañarse de medidas en el mercado laboral y en la educación. Asimismo, como sugiere Strozzi (2016), en las sociedades multiculturales la tradicional noción de ciudadanía como perteneciente a un determinado estado nación debería revisarse. El nuevo concepto de ciudadanía debería reconocer a las personas como individuos móviles que están interconectados y son interdependientes a través de las fronteras nacionales. La ciudadanía y sus derechos y deberes asociados deberían basarse predominantemente en el principio de residencia en un territorio, favoreciendo la agencia (autodeterminación) del inmigrante y su integración. La educación en la ciudadanía se revela como un mecanismo eficiente.

En suma, el estudio de la ciudadanía debería realizarse desde la perspectiva de la migración a gran escala, de la transmigración y de las migraciones temporales.

Índices de integración en Europa. Análisis transnacional

Seguidamente realizamos un análisis transnacional para comparar varios países con gran inmigración en la Unión Europea. Con dicho objetivo se realiza un análisis de componentes principales con los datos del ESS 2014 para Holanda, Gran Bretaña y Dinamarca.

Tabla 5. Análisis Transnacional

ESPAÑA		HOLANDA		GRAN BRETAÑA		DINAMARCA	
Componente	Variable	Componente	Variable	Componente	Variable	Componente	Variable
VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS	Trust in politicians				Trust in politicians		Trust in politicians
	Trust in political parties		Trust in politicians		Trust in political parties		Trust in political parties
	Trust in country's parliament		Trust in country's parliament		Trust in country's parliament		Trust in country's parliament
					How satisfied with the national government		
	Politicians care what people think		Trust in political parties		How satisfied with the way democracy works in country		Politicians care what people think
			How satisfied with the national government				Political system allows people to have a say in what government does
	Trust in the legal system						
	Political system allows people to have a say in what government does		How satisfied with the way democracy works in country		Politicians care what people think	VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS	Political system allows people to have influence on politics
	Political system allows people to have influence on politics	VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS		VALORACIÓN DE INSTITUCIONES PÚBLICAS			
	How satisfied with the way democracy works in country		Politicians care what people think		Political system allows people to have a say in what government does		How satisfied with the national government
PERCEPCIÓN							How satisfied with the way democracy works in country
	Trust in the police		Trust in the legal system		Trust in the legal system		
			Political system allows people to have a say in what government does		Political system allows people to have influence on politics		How satisfied with present state of economy in country
	How satisfied with the national government		Trust in the police		How satisfied with present state of economy in country		
			Political system allows people to have influence on politics			PERCEPCIÓN DEL INMIGRANTE	Immigrants make country worse or better place to live
PERCEPCIÓN	Immigration		How		State of		Country's

CONFIANZA Y CIUDADANÍA POLÍTICA	12 months		in politics						
		Confident in own ability to participate in politics		Easy to take part in politics		Enjoyed life, how often past week		Confident in own ability to participate in politics	Confident in own ability to participate in politics
		Able to take active role in political group	FELICIDAD, SATISFACCIÓN Y DISFRUTE CON LA VIDA	How happy are you		Felt everything did as effort, how often past week			Able to take active role in political group
		Easy to take part in politics		How satisfied with life as a whole		Feeling about household's income nowadays			Easy to take part in politics
INGRESOS Y EMPLEO		How interested in politics		Enjoyed life, how often past week			Confident in own ability to participate in politics		Feel closer to a particular party than all other parties
				Allowed to influence policy decisions about activities of organisation					Allowed to influence policy decisions about activities of organisation
		Household's total net income, all sources	AGENCIA VS. ESTRUCTURA LABORAL	Allowed to decide how daily work is organised		Easy to take part in politics	AGENCIA VS. ESTRUCTURA EMPLEO		Allowed to decide how daily work is organised
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN		Feeling about household's income nowadays		Responsible for supervising other employees		Contacted politician or government official last 12 months		Responsible for supervising other employees	
		Occupation, ISCO08							Occupation, ISCO08
		Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job		Occupation, ISCO08					Voted last national election
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									
FELICIDAD Y SATISFACCIÓN									

	Enjoyed life, how often past week		Subjective general health Felt everything did as effort, how often past week		Household's total net income, all sources		State of education in country nowadays
	Allowed to influence policy decisions about activities of organisation				Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months		Household's total net income, all sources
AGENCIA VS. ESTRUCTURA	Allowed to decide how daily work is organised		Worked in political party or action group last 12 months		Worked in political party or action group last 12 months	INGRESOS Y EMPLEO	Feeling about household's income nowadays
	Responsible for supervising other employees	CIUDADANÍA POLÍTICA Y SOCIAL	Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months Contacted politician or government official last 12 months Worked in another organisation or association last 12 months	CIUDADANÍA POLÍTICA Y SOCIAL	Signed petition last 12 months		Employment contract unlimited or limited duration
SERVICIOS PÚBLICOS Y ECONÓMICA	State of health services in country nowadays State of education in country nowadays How satisfied with present state of economy in country		Government should reduce differences in income levels		Boycotted certain products last 12 months		Worked in political party or action group last 12 months Contacted politician or government official last 12 months
				ACCESO A ALIMENTOS	How often eat fruit, excluding drinking juice How often eat vegetables or salad, excluding potatoes	CIUDADANÍA POLÍTICA Y SOCIAL	Worked in another organisation or association last 12 months Worn or displayed campaign badge/sticker last 12 months
		INGRESOS Y EMPLEO	Household's total net income, all sources Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years Feeling about household's income nowadays				
SALUD	Subjective general health Discussed health, last 12 months: medical specialist			CIUDADANÍA POLÍTICA	Voted last national election	ACCESO A ALIMENTOS	How often eat fruit, excluding drinking juice

	Felt everything did as effort, how often past week Discussed health, last 12 months: general practitioner		Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job		Feel closer to a particular party than all other parties		How often eat vegetables or salad, excluding potatoes
					How interested in politics		
			Voted last national election		Feel close to country		Discussed health, last 12 months: general practitioner
	How often eat vegetables or salad, excluding potatoes	CIUDADANÍA POLÍTICA Y SENTIMIENTO DE PERTENENCIA PAÍS	Feel closer to a particular party than all other parties			ATENCIÓN MÉDICA Y SALUD	Discussed health, last 12 months: medical specialist
ACCESO ALIMENTACIÓN	How often eat fruit, excluding drinking juice		How interested in politics		Discussed health, last 12 months: medical specialist		Subjective general health
			Feel close to country	ATENCIÓN MÉDICA Y SALUD	Discussed health, last 12 months: general practitioner		
	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work				Subjective general health	INDIVIDUALISMO Y SENTIDO DE PERTENENCIA PAÍS	Important to show abilities and be admired
ATENCIÓN MÉDICA	Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months	ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work				Feel close to country
			Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months		Important to help people and care for others well-being		
SENTIMIENTO POLÍTICO	Feel closer to a particular party than all other parties			INDIVIDUALISMO VS. COLECTIVISMO	Important to make own decisions and be free	ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment, reason: could not take time off work
							Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months
		CIUDADANÍA SOCIAL	Boycotted certain products last 12 months		Important to show abilities and be admired		
	Have a set 'basic' or contracted number of hours		Signed petition last 12 months				
EMPLEO	Employment contract unlimited or			ATENCIÓN MÉDICA	No medical consultation or treatment,	SALUD, EMPLEO Y CUIDADOS	State of health services in country

SENTIMIENTO PERTENENCIA PAIS	limited duration						reason: could not take time off work Unable to get medical consultation or treatment, last 12 months	nowadays
	Feel close to country	ACCESO ALIMENTOS	How often eat vegetables or salad, excluding potatoes How often eat fruit, excluding drinking juice					Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job Important to help people and care for others well-being
CAUIDADO S Y LIBERTAD	Important to help people and care for others well-being			SEGURIDAD PERSONAL			Feeling of safety of walking alone in local area after dark Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years	Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years
	Important to make own decisions and be free	EMPLEO	Have a set 'basic' or contracted number of hours Employment contract unlimited or limited duration					Signed petition last 12 months
SEGURIDAD PERSONAL	Respondent or household member victim of burglary/assault last 5 years			EMPLEO			Doing last 7 days: unemployed, actively looking for job	Boycotted certain products last 12 months
	Feeling of safety of walking alone in local area after dark Government should reduce differences in income levels	AGENCIA VS ESTRUCTURA, INDIVIDUALISMO VS. COLECTIVISMO	Important to make own decisions and be free Important to show abilities and be admired Important to help people and care for others well-being	ACTITUD S Y RESPONSA BILIDAD GOBIERNO			Administration of attitudes to migrants Government should reduce differences in income levels	Government should reduce differences in income levels Important to make own decisions and be free
DISCRIMINACIÓN	Discrimination of respondent's group: nationality	DISCRIMINACIÓN Y ESTADO DE INSTITUCIONES PÚBLICAS	Discrimination of respondent's group: nationality State of education in country nowadays	EMPLEO			Employment contract unlimited or limited duration	Feeling of safety of walking alone in local area after dark
	Boycotted certain products last 12 months							

AGENCIA Y CIUDADANÍA POLÍTICA	Important to show abilities and be admired	ACTITUDES Y SEGURIDAD PERSONAL	Administration of attitudes to migrants	DISCRIMINACIÓN	Discrimination of respondent's group: nationality	DISCRIMINACIÓN	Discrimination of respondent's group: nationality
	Voted last national election		Feeling of safety of walking alone in local area after dark			ACTITUDES	Administration of attitudes to migrants
	Administration of attitudes to migrants						
<i>Elaboración propia a partir de datos del ESS 7ª Ronda 2014</i>							

En la tabla del análisis transnacional se observa que, pese a las diferencias entre países, los principales componentes del índice de integración se encuentran presentes en todos los países: *Valoración de las Instituciones Públicas, Percepción del Inmigrante, Ciudadanía Social y Política, Felicidad y Satisfacción con la Vida y Agencia Vs. Estructura*. La *Confianza y Ciudadanía Política* también son fundamentales

4. CONCLUSIONES

Los conceptos de inmigración e integración están inextricablemente unidos en un contexto de permanente flujo y movimiento y conectados por las emociones, creencias, ideales y valores que predominan en un momento y lugar determinados pero que son deudores de una dimensión espacio-tiempo más amplia pues proceden del pasado proyectándose al futuro. Este artículo plantea una nueva puesta en valor del problema hobbesiano del orden que tan bien supo explicitar Talcott Parsons y que, de nuevo, se presenta actualizado por la masiva ola de inmigrantes que cruzan las fronteras de los estado-nación en el siglo XXI.

La inmigración puede favorecer el crecimiento económico y enriquecer social y culturalmente las sociedades de acogida. Sin embargo, también puede contribuir a crear o aumentar las tensiones con lo que se pondría en riesgo la integración y la estabilidad. Identificar las causas de esas tensiones favorecería el flujo migratorio y beneficiaría el proceso de integración de los inmigrantes.

La integración no es un proceso lineal, ni curvilíneo, tampoco adopta ningún otro patrón dirigido expresamente a la consecución de un determinado resultado (Heckmann, 2005). La sociedad de acogida no es homogénea y está estratificada en una dimensión vertical. Junto a las instituciones fundamentales tiene también estructuras marginalizadas como subculturas de la pobreza y de la dependencia de los beneficios del estado del bienestar. La integración del inmigrante en estas estructuras al margen de las instituciones fundamentales es denominada por Portes y Min Zou (1993) *asimilación segmentada*.

Para Sniderman, Hagendoorn y Prior (2004), uno de los principales desafíos a los que tiene que hacer frente la Unión Europea es la integración de la población extranjera proveniente de otras regiones del mundo, así como el modo de resolver la cuestión de los prejuicios contra los inmigrantes que dificultan ese proceso. En la base de esos prejuicios subyacen emociones y sentimientos que deben ser objeto de análisis, escrutinio y contraste con los de los inmigrantes en un intento de comprender las dinámicas que subyacen en los procesos de integración.

Cotterell et al. (2010) sugieren que específicas emociones intergrupo predicen determinadas actitudes hacia las políticas sociales. Para Igartua et al. (2011), el impacto emocional en la opinión pública de las noticias en prensa acerca de los inmigrantes es muy importante. Para Anderson y Smith (2001), los costes e impacto emocionales no se suelen tener en cuenta en las decisiones políticas, pero visibilizar las emociones es una cuestión de ética en las políticas públicas. En concreto, en relación con los procesos migratorios, las tradicionales teorías van dejando paso a una concepción de los mismos en la que han de tener cabida conceptos como la deslocalización y la pertenencia. Las relaciones emocionales dan forma a la sociedad y al espacio porque las relaciones sociales sólo pueden vivirse a través de las emociones. El reto metodológico de medir y entender empáticamente es enorme.

Para Díez Nicolás (2004), las administraciones públicas deben favorecer la integración de todos los inmigrantes en beneficio de la convivencia y de la sociedad española en su conjunto pues también los inmigrantes están sustituyendo los valores que adquirieron en sus países de origen por los nuevos valores que encuentran en la sociedad española. La educación, y sobre todo la educación obligatoria, constituye el mejor instrumento para conseguirlo.

Si, como dice Evans (1987), los inmigrantes van a otros países para buscar una vida mejor, la comprensión de sus emociones y sentimientos y de las emociones y sentimientos de los nacionales del país de acogida resulta fundamental para el éxito de dicha empresa. Evans afirma que, pese a las dificultades, hay claros indicadores de que los inmigrantes consiguen su objetivo.

La integración puede definirse, de acuerdo con Heckmann (2005), como un proceso de inclusión y aceptación de migrantes en instituciones fundamentales, relaciones y estatus de la sociedad de acogida que puede durar generaciones. Para los migrantes la integración se refiere al proceso de aprendizaje de una nueva cultura, una adquisición de derechos, acceso a posiciones y estatus, la construcción de relaciones personales con miembros de la sociedad de acogida y la formación de sentimientos de pertenencia e identificación hacia la sociedad de acogida. La integración es un proceso interactivo entre los migrantes y la sociedad de acogida. La sociedad de acogida debe aprender nuevas maneras de interactuar con los inmigrantes y adaptar sus instituciones a sus necesidades.

4. Bibliografía

- Ahmed, S. (2004). *The Cultural Politics of Emotion*. New York: Routledge
- Alba, R. (1999). "Immigration and the American Realities of Assimilation and Multiculturalism.", en Münz, R. y Seifert, W. (eds.) *Inclusion or Exclusion of Immigrants, Demographie aktuell*, Nr. 14, 3-16.
- Alba, R. y Nee V. (1999). "Rethinking assimilation theory for a new era of immigration", en *The Handbook of International Migration. The American Experience*, Hirschman C., Kasinitz P., DeWind, J. (eds), Russell Sage Foundation: New York.
- Alba, R. y Nee, V. (2003). *Remaking the American mainstream: assimilation and contemporary immigration*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Allport, G. W. (1954). *The nature of prejudice*. New York: Addison-Wesley.
- Anderson, K. y Smith, S. J. (2001). Emotional geographies. *Transactions of the Institute of British Geographers*, 26: 7–10. doi:10.1111/1475-5661.00002.
- Appadurai, A. (2007). Hope and democracy. *Public Culture*, 19, 29-34.
- Averill, J. R. (1980). "A constructivist view of emotion", en Plutchik, R. y Kellerman, H. (eds.), *Emotion: theory, research and experience*, Nueva York, Academic Press, pp. 305-339.
- Beirens K., y Fontaine, J. R. J. (2011). Somatic and Emotional Well-Being among Turkish Immigrants in Belgium: Acculturation or Culture? *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 42(1), 56-74. DOI: 10.1177/0022022110361773.
- Berry, J. W. (1997). "Immigration, acculturation and adaptation." *Applied Psychology: An International Review*, 46, 5-34.
- Berry, J. W., & Sam, D. (1997). Acculturation and adaptation. In J. W. Berry, M. H. Segall, & C. Kagitcibasi (Eds.), *Handbook of Cross-Cultural Psychology. Social Behavior and Applications*. Boston, MA: Allyn & Bacon.
- Bower, G. H. (1991). Emotion and Social Judgments Cap. 2, "Mood Congruity of Social Judgments". Joseph P. Forgas (Ed.). Pergamon Press, Oxford.
- Brown, R. (1995). *Prejudice: Its social psychology*. Oxford, England: Blackwell.
- Cachón Rodríguez, L. (2009). "En la "España inmigrante": entre la fragilidad de los inmigrantes y las políticas de integración". *Papeles del CEIC*, 45.
- Cottrell, C. A., Richards, D. A. R., y Nichols, A. L. (2010). Predicting policy attitudes from general prejudice versus specific intergroup emotions. *Journal of Experimental Social Psychology*, 46(2), 247-254.
- Curran, M. J. (2003). *Across the Water – the Acculturation and Health of Irish People in London*. Dublin: Trinity College – Psychology Department.
- Demertzis N. (2006). *Emotions and Populism*. En Clarke S., Hoggett P., Thompson S. (eds) *Emotion, Politics and Society*. London: Palgrave Macmillan.
- De Vreese, C. H. y Boomgaarden, H.G. (2005). "Projecting EU Referendums. Fear of Immigration and Support for European Integration." *European Union Politics*, Volume, 6(1), 59-82.
- Díez Nicolás, J. (2004). Las dos caras de la inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

- (2009). "Construcción de un índice de Xenofobia-Racismo". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º. 80. Migraciones Internacionales.
- Duckitt, J. (2003). Prejudice and intergroup hostility. In D. O. Sears, L. Huddy, & R. Jervis (Eds.), *Oxford handbook of political psychology* (pp. 559-600). New York, NY, US: Oxford University Press
- Elias, N. y Scotson, J. L. (1976). *The Established and the Outsiders*. Sage, London.
- Ellinas, A. A. (2010). *The media and the far right in Western Europe: Playing the nationalist card*. Cambridge University Press.
- Ellis, D. (1971). "The Hobbesian Problem of Order: A Critical Appraisal of the Normative Solution." *American Sociological Review*, 36(4), 692-703. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/2093599>.
- Engelen, E. (2003). "Conceptualizing Economic Incorporation: From Institutional Linkages to Institutional Hybrids". Artículo presentado en la Conferencia sobre *Conceptual and Methodological Developments in the Study of International Migration*, Princeton University.
- Ertzinger, H. (2003). "The Rise and Fall of Multiculturalism: The Case of the Netherlands." En *Toward Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States*. Ed. C. Joppke y E. Morawska. Palgrave, Houndmills.
- Esser, H. (2003). "Does the New Immigration Require a New Theory of Intergenerational Integration?" *Arbeitspapiere*. Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung MZES, 71. Mannheim, Alemania.
- Evans, J. (1987). Migration and health. *International Migration Review*, 21, 5-14.
- Favell, A. (1998). "The European Citizenship Agenda: Emergence, Transformation and Effects of a New Political Field", paper presented to the 11th Conference of Europeanists, Baltimore.
- Freeman, G. P.
- (2004). "Immigrant Incorporation in Western Democracies". *The International Migration Review*, vol. 38, N.º 3, Conceptual and Methodological Developments in the Study of International Migration, pp. 945-969.
- (2006). "National models, policy types, and the politics of immigration in liberal democracies". *West European Politics*, vol. 29, n.º 2, Immigration Policy in Europe: The Politics of Control. Published online <http://dx.doi.org/10.1080/01402380500512585>.
- Cívico, J. G. (2011). "Sobre el proceso de integración social del inmigrante en España: La cuestión de los indicadores." *Revista Electrónica Del Instituto De Investigaciones Jurídicas Y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 5(7), 50-77.
- Godenau, G., Rinken, S., Martínez de Lizarrondo Artola, R. A., Moreno Márquez, G. (2014). *La integración de los inmigrantes en España: una propuesta de medición a escala regional*. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.
- Good, B. (2004). "Rethinking "emotions" in Southeast Asia". *Ethnos*, 69(4): 529-33.
- Hage, G. (2003). *Searching for hope in a shrinking society*. Sydney: Pluto Press.
- Hatfield, E., Cacioppo, J. T. y Rapson, R. L. (1994). *Emotional contagion*. New York: Cambridge University Press.
- Heckmann, F. (2005). "National Modes of Immigrant Integration", *Comparative European Research in Migration, Diversity and Identities*, Boswick, W. y Husband, C., HumanitarianNet, Thematic Network on Humanitarian Development Studies. University of Deusto, Bilbao, Spain.
- Ho, E. L. (2009). "Constituting Citizenship through the Emotions: Singaporean Transmigrants in London". *Annals of the Association of American Geographers*, 99(4), 788-804.
- Hooghe, L. y Marks, G. (2004). "Gobernanza estatocéntrica y gobernanza multinivel", en. Morata, F (ed.) *Gobernanza Multinivel en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hooghe, M. y De Vroome, T. (2015). The perception of ethnic diversity and anti-immigrant sentiments: A multilevel analysis of local communities in Belgium. *Ethnic and Racial Studies*, 38(1), 38-56.
- Humphris, R. (2014). Integration Practice: Initiatives and Innovations by Institutions and Civil Society. KING Project – Applied Social Studies Unit Desk Research Paper n. 15.
- Igartua, J. J., Moral-Toranzo, F., Fernández, I. (2011). "Cognitive, Attitudinal, and Emotional Effects of News Frame and Group Cues, on Processing News About Immigration." *Journal of Media Psychology*; Vol. 23(4):174-185 DOI: 10.1027/1864-1105/a000050, Hogrefe Publishing.
- Norris, P. y Inglehart, R. F. (2012). Muslim integration into Western cultures: Between origins and destinations. *Political Studies*, 60(2), 228-251.
- Kessler, A. E. y Freeman, G. P. (2005). "Public opinion in the EU on immigration from outside the Community". *Journal of Common Market Studies*, 43(4): 825-50.

- Koopmans, R. y Statham, P. (2000). "Migration and Ethnic Relations as a Field of Political Contention: An Opportunity Structure Approach." En *Challenging Immigration and Ethnic Relations Politics*. Ed. R. Koopmans y P. Statham. Oxford University Press, Oxford.
- Knipscheer, J. W., De Jong, E. E. M., Kleber, R. J., & Lamprey, E. (2000). Ghanaian migrants in the Netherlands: General health, acculturative stress and utilization of mental health care. *Journal of Community Psychology*, 28, 459-476.
- Lahav, G. (2004). *Immigration and politics in the new Europe: Reinventing borders*. Cambridge University Press.
- Lazarus, R. S. (1984). "On the primacy of cognition." *American Psychologist*, vol. 39, n. 2, 124-129.
- Litvak, P. M., Lerner, J. S., Tiedens, L. Z. y Shonk, K. (2010). "Fuel in the Fire: How Anger Impacts Judgment and Decision-Making." En *International Handbook of Anger*, Capítulo 17. M. Potegal et al. (eds.), Springer Science+Business Media, LLC.
- Lucas de, J. (2003). "Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia." En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 37, 81-103.
- McLaren, L. M. (2002). "Public support for the European Union: cost/benefit analysis or perceived cultural threat?" *Journal of Politics*, 64(2), 551-566.
- Mayda, A. M., & Patel, K. (2004). OECD countries migration policy changes. www9.georgetown.edu/faculty/amm223/papers.htm.
- Marris, P. (1974). Experimenting in social reform. *Community Work One*, Routledge & Kegan Paul, London, 245-59.
- Martínez, R., & Lee, M. T. (2004). Inmigración y delincuencia. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2, 1-34.
- Mears, D. P. (2001). "Immigration and crime: What's the connection?" *Fed. Sent'g Rep.*, 14, 284.
- Mezzadra, S. (2005). "Taking care: migration and the political economy of affective labor." *Centre for the Study of Invention and Social Process, Goldsmiths College, University of London*, 16.
- Miller, D. (1997). "Ciudadanía y pluralismo." *La política*, (3), 69-92.
- Nadeau, R., Niemi, R. G., & Levine, J. (1993). "Innumeracy about minority populations." *Public Opinion Quarterly*, 57(3), 332-347.
- suficiente para afirmar que nuestra percepción
- Oh, Y. J., Koeske, G. F., y Sales, E. (2002) Acculturation, stress, and depressive symptoms among Korean immigrants in the United States. *Journal of Social Psychology*, 142, 511-526.
- Parrot, G. W. (2003). "Positioning and emotions." En Harré, R. & Moghaddam, F.(red.) *The self and others: Positioning individuals and groups in personal, political and cultural contexts*. Westpoint.
- Harré, R. y Parrott, W. G. (Eds). (1996). *The emotions: Social, cultural and biological dimensions*. Sage.
- Pettit, P. N. (2007). "Republican liberty: Three axioms, four theorems." *Princeton Law and Public Affairs Working Paper Series*, Working Paper No. 07-004
- Penninx, R. y Martiniello, M. (2004). "Integration Processes and Policies: State of the Art and Lessons", en Penninx, Rinus, Kraal, Karen, Martiniello, Marco y Vertovec, Steven (eds.). *Citizenship in European Cities. Immigrants, Local Politics and Integration Policies*, Ashgate: Aldershof.
- Phelps, E. A. (2006). "Emotion and cognition: insights from studies of the human amygdala." *Annu. Rev. Psychol.*, 57, 27-53.
- Pizarro, D. A. y Tannenbaum, D. (2011). "Bringing character back: How the motivation to evaluate character influences judgments of moral blame." *The social psychology of morality: Exploring the causes of good and evil*, 91, 108.
- Portes, A., & Böröcz, J. (1989). Contemporary immigration: Theoretical perspectives on its determinants and modes of incorporation. *International migration review*, 23(3), 606-630.
- Portes, A. y Rumbaut, R. G. (2001). *Legacies: The Story of the Immigrant Second Generation*. Berkeley and New York: University of California Press and Russell Sage Foundation.
- Portes, A., Fernández-Kelly, P. y Haller, W. (2005). "Segmented assimilation on the ground: The new second generation in early adulthood." *Ethnic and Racial Studies*, vol. 28 n°. 6 pp. 1000-1040.
- Portes, A. y Zhou, M. (1993). "The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variants". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 530, Interminority Affairs in the U. S, Pluralism at the Crossroads, pp. 74-96 .

- Quillian, L. (1995). "Prejudice as a response to perceived group threat: Population composition and anti-immigrant and racial prejudice in Europe." *American sociological review*, 586-611.
- Sabini, J. y Silver, M. (2005). "Why emotion names and experiences don't neatly pair." *Psychological inquiry*, 16(1), 1-10.
- Salant, T., & Lauderdale, D. S. (2003). Measuring culture: A critical review of acculturation and health in Asian immigrant populations. *Social Science and Medicine*, 57, 71-90.
- Salovey, P., O'Leary, A., Stretton, M. S., Fishkin, S. A. y Drake, C. A. (1991). "Influence of Mood on Judgements about Health and Illness." En *Emotion and Social Judgements*. Joseph P. Forgas (Ed.). Pergamon Press, Oxford.
- Scheepers, P., Gijsberts, M. y Coenders, M. (2002). "Ethnic exclusionism in European countries. Public opposition to grant civil rights to legal migrants as a response to perceived ethnic threat." *European Sociological Review*, 18 (1), 1-18.
- Semyonov, M., Raijman, R., Tov, A. Y. y Schmidt, P. (2004). "Population size, perceived threat, and exclusion: A multiple-indicators analysis of attitudes toward foreigners in Germany." *Social Science Research*, 33(4), 681-701.
- Simon, R. J. (1987). "Immigration and American Attitudes" *Public Opinion* 10, 47-50.
- Sloterdijk, P.
- (1984). "Cynicism, the twilight of false consciousness." *New German Critique*, 33: 190-206.
- (1988). *Critique of Cynical Reason*, London: Verso.
- Sniderman, P. M., Hagendoorn, L. y Prior, M. (2004). "Predisposing factors and situational triggers: Exclusionary reactions to immigrant minorities." *American political science review*, 98(1), 35-49.
- Soysal, Y. (1994). *Limits to Citizenship*. University of Chicago Press, Chicago.
- Strozzi, C. (2016). "The changing nature of citizenship legislation." *IZA World of Labor*.
- Thompson, S. (2006). "Anger and the Struggle for Justice". En S. Clarke, Hoggett P y Thompson S (eds.) *Emotions, Politics and Society*. London: Routledge.
- Thompson, S. y Hoggett, P. (2012). The affective turn in contemporary political studies. En: Thompson, S. y Hoggett, P., eds. (2012) *Politics and the Emotions*. Continuum, London, UK. <http://eprints.uwe.ac.uk/17862>.
- Thranhardt, D. y Miles, R. (1995). "Introduction: European integration, migration and processes of inclusion and exclusion. *Migration and European Integration*." *The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, 1-12.
- Tirman, J. (Ed.). (2004). *The maze of fear: Security and migration after 9/11*. New Press.
- Tropp, L. R. y Pettigrew, T. F. (2005). "Differential Relationships Between Intergroup Contact and Affective and Cognitive Dimensions of Prejudice." *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 31 No. 8, 1145-1158.
- Van Oudenhoven, J.P., Ward C. y Masgoret A-M. (2006). "Patterns of relations between immigrants and host societies". *International Journal of Intercultural Relations* 30 (2006) 637-651.
- Wieviorka, M. (2008). "L'intégration: un concept en difficulté". *Cahiers internationaux de sociologie*, 2008/2 (n° 125). Presses Universitaires de France.
- Ying, Y-W. (1995). Cultural orientation and psychological well-being in Chinese Americans. *American Journal of Community Psychology*, 23, 893-911.
- Yuval-Davis, N. (2006). "Belonging and the politics of belonging." *Patterns of prejudice*, 40(3), 197-214.
- Zajonc, R. B. (1984). On the primacy of affect. *American Psychologist*, vol. 39, n. 2, 117-123.
- Zimmermann, Klaus F. (1995). "Tackling the European Migration Problem," *Journal of Economic Perspectives*, 9, 45-62.
- Zolo, D. (1997): "La ciudadanía en la era poscomunista", *La política*, n° 3, 117-131.

LA SEGURIDAD DE LOS DATOS PERSONALES Y LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS BRECHAS DE SEGURIDAD

THE SECURITY OF PERSONAL DATA AND THE OBLIGATION TO NOTIFY SECURITY BREACHES

María Cumbreiras Amaro
Abogada y Economista
Experta en Derecho Tecnológico en Procesa

Fecha de recepción: 12/02/2020
Fecha de aceptación: 03/03/2020

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo facilitar la interpretación de la normativa de protección de datos en lo relativo a la obligación de notificar las brechas de seguridad a la autoridad competente y, en su caso, a los interesados de modo que la notificación se gestione siguiendo unas pautas orientativas, se comunique por el canal adecuado y contenga información suficiente en base a las nuevas exigencias de la legislación.

ABSTRACT: The objective of this work is to facilitate the interpretation of the data protection regulations with regard to the obligation to notify data breaches to the competent authority and, where appropriate, to the data subjects so that the notification is managed according to a guideline, is communicated through the appropriate channel and contains sufficient information based on the new requirements of the legislation.

PALABRAS CLAVE: protección de datos, brechas de seguridad, seguridad de los datos, RGPD, riesgos, derechos y libertades de los interesados.

KEYWORDS: data protection, data breaches, data security, GDPR, risks, rights and freedoms of data subjects.

SUMARIO: 1. EL DERECHO A INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: BREVE INTRODUCCIÓN. 2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ESTABLECIDA EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. 2.1. Tipos de brechas de seguridad. 2.2. La obligación legal de notificar las brechas de seguridad. 3. LA GESTIÓN Y NOTIFICACIÓN DE BRECHAS DE SEGURIDAD. 3.1. Gestión de incidentes de seguridad: Valoración de la brecha de seguridad. 3.2. Criterios para la notificación de brechas de seguridad e información que debe facilitarse. 3.3. Métricas e indicadores. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL DERECHO A INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: BREVE INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la sociedad de la información ha propiciado que la mayoría de los tratamientos de datos personales se realicen en el llamado ciberespacio. Pero ¿qué se entiende por ciberespacio? WILLIAN GIBSON describe por primera vez el ciberespacio como *“una representación gráfica de la información abstraída de los bancos de todos los ordenadores del sistema humano. Una complejidad inimaginable”*. Han transcurrido ya casi 36 años desde esta forma de percibir el ciberespacio y que lejos de equivocarse, no puede ser más acertada teniendo en cuenta la realidad que vivimos. Hoy Internet está presente en la gran mayoría de hogares de los países desarrollados y no hace más que crecer, provocando, entre otros factores, la existencia de un deseo de comunicación recíproco y la generación de inteligencia colectiva, respondiendo a la perfección, a este deseo humano.

Con la llegada de las nuevas tecnologías, además de importantes ventajas para la ciudadanía, estas han supuesto también, un incremento de los riesgos para el derecho al respeto de la vida privada, lo que ha desencadenado en la necesidad de contar con normas que regulen específicamente el tratamiento de información personal de los ciudadanos. El derecho a la intimidad o respeto de la vida privada y el derecho a la protección de los datos personales, aunque están estrechamente relacionados, son derechos distintos. El primero establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Apareció en la legislación internacional sobre derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en 1948, y más tarde, como uno de los derechos humanos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La protección de datos surge en Europa en 1970 y poco a poco fue tomando un valor distinto desligándose del derecho al respeto de la vida privada¹.

En el ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE), la protección de datos está reconocida como un derecho fundamental distinto del derecho fundamental al respeto de la vida privada². Con ánimo de simplificar tal distinción, podríamos decir que ambos derechos se diferencian en su formulación y alcance, siendo el

¹ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, Editorial Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, pp. 21-22.

² La UE proclamó en el año 2000 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) donde no solo garantiza el respeto de la vida privada y familiar (artículo 7), sino también establecía el derecho a la protección de los datos personales (artículo 8) elevando así el nivel de dicha protección al de un derecho fundamental en el Derecho de la UE. Si bien, fue con la adopción del Tratado de Lisboa cuando confiere a la carta el estatuto de documento jurídico vinculante -al nivel del Derecho primario-, y por consiguiente se establece el derecho a la protección de los datos personales.

derecho al respeto de la vida privada un derecho “clásico” de prohibición genérica de la injerencia -sujeta a ciertas excepciones en base a criterio de interés general- y la protección de los datos personales se considera un derecho “moderno” y activo³, que establece un sistema de control mediante mecanismos que protegen a los ciudadanos cuando sus datos personales sean objeto manipulación indebida. El derecho a la protección de los datos personales es más amplio que el derecho al respeto de la vida privada, ya que entra en juego siempre que se traten datos personales.

Desde 1995 hasta mayo de 2018, el principal instrumento jurídico de la UE en materia de protección de datos fue la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Directiva sobre protección de datos). Una directiva que establecía un amplio y detallado sistema de protección de datos en la UE y que obligaba a ser transpuesta a las legislaciones nacionales de los Estados miembros lo que inevitablemente generaba cierta discrecionalidad. Con el fin de armonizar la protección de los datos personales de los ciudadanos de la UE, se adopta en abril de 2016, el Reglamento General de Protección de datos (RGPD o Reglamento)⁴ después de años de intensos debates, entrando en vigor el 25 de mayo de 2018. Un Reglamento que aún siendo de aplicación directa, ha obligado a los Estados miembros ha actualizar su legislación nacional en materia de protección de datos para ajustar debidamente su legislación al RGPD, así en España, se derogó la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y se aprobó la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) al objeto de adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ESTABLECIDA EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Tal y como deja claro el propio título del Reglamento, el ámbito de protección de este cuerpo legal es siempre la persona física. El diseño de la protección de los datos personales que instaura el RGPD gira en torno a la noción de “riesgo” para los derechos y libertades de los interesados⁵ y se basa principalmente en una serie de medidas de garantía tales como: i) principios generales (arts. 5 a 10); ii) Derechos de los interesados (Capítulo III, arts. 12 a 23); iii) Obligaciones a cargo del responsable del tratamiento y del encargado del

³ HUSTINX, P., *EU Data Protection Law: the Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation*, EDPS Speeches & Articles, 2013. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-09-15_article_eui_en.pdf

⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

⁵ Al objeto de entender mejor algunos de los aspectos analizados en este estudio, pasaremos a enumerar los distintos agentes intervinientes en las operaciones de tratamiento de datos personales. Así, el responsable del tratamiento es la persona física o jurídica o autoridad que solo o junto con otros, determina los fines y medios en base a los que se realizará el tratamiento de datos; el encargado del tratamiento normalmente es el prestador de servicios que actúa por cuenta del responsable del tratamiento; y el interesado, el titular de los datos personales objeto de tratamiento.

tratamiento contenidas tanto en los principios generales como en el otorgamiento de los derechos de los interesados, así como aquellas otras contenidas en los artículos 24 a 36 RGPD; y por último, el establecimiento de autoridades de control y supervisión para la correcta aplicación de las disposiciones del RGPD⁶.

El Reglamento insta un sistema más reforzado de protección de los datos de los interesados. Una muestra de ello, es la inclusión del principio de responsabilidad activa o *accountability*, el cual establece la obligación de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con las exigencias de la normativa.

Entre el conjunto de exigencias que se imponen a los responsables y encargados del tratamiento nos detendremos en aquellas relativas a la seguridad del tratamiento que obligan a aplicar medidas técnicas y organizativas oportunas para evitar cualquier injerencia no autorizada en las operaciones de tratamiento de datos y garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información personal de los titulares de los datos. Estableciéndose un nivel de seguridad determinado por⁷:

- a) Las características de seguridad disponibles en el mercado (estado de la técnica) para un determinado tipo de tratamiento;
- b) Los costes;
- c) Los riesgos del tratamiento de los datos para los derechos y las libertades de los interesados;

Se impone una obligación genérica de transparencia y responsabilidad proactiva en el tratamiento de datos personales, y en particular, además de la obligación de adoptar las medidas oportunas para garantizar la seguridad del tratamiento, en caso de que se produzcan brechas de seguridad de los datos, la empresa deberá notificar la brecha sin dilación indebida, y como máximo en 72 horas desde que se tiene conocimiento de la misma a la autoridad competente, y a los interesados, en caso de que sea probable que entrañe alto riesgo para los derechos y libertades de los afectados.

2.1. Tipos de brechas de seguridad

Aunque todas las brechas de seguridad son incidentes de seguridad de la información, no todo incidente de seguridad es necesariamente una brecha de datos personales. Una brecha de seguridad puede tener efectos adversos considerables en los titulares de los datos, y que podrían ocasionar daños y perjuicios, tangibles e intangibles. Entre los efectos, se podría incluir la pérdida de control sobre su información personal, la restricción de derechos, usurpación de identidad o fraude, problemas de discriminación, pérdidas financieras o daños materiales, daño para la imagen o reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, o cualquier otro perjuicio económico o social significativo. El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (ahora denominado, Comité Europeo de Protección de Datos) en su Dictamen 03/2014 sobre notificación de violaciones de datos personales clasificó las brechas de seguridad en base a tres conocidos principios de la seguridad de la información:

⁶ REYES, KAHANSKY, C. M. “El deber de notificar y el derecho a la no autoinculpación en la protección de datos personales”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2019, p. 288.

⁷ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, Editorial Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, p. 186.

- a) «Violación de la confidencialidad»: cuando se produce un acceso no autorizado o accidental de los datos personales, o la revelación de los mismos.
- b) «Violación de la integridad»: cuando se produce una alteración no autorizada o accidental de los datos personales.
- c) «Violación de la disponibilidad»: cuando se produce una pérdida de acceso accidental o no autorizada a los datos personales, o la destrucción de los mismos.

A pesar de la distinción, una brecha de seguridad puede afectar a la tres dimensiones, confidencialidad, integridad y disponibilidad al mismo tiempo, así como la combinación de estas. Si bien, mientras que una violación de la confidencialidad o integridad puede resultar relativamente obvia, no es tan sencillo determinar una violación de la disponibilidad, que será preciso notificar solo cuando se haya producido una pérdida o destrucción permanente de los datos personales, por ejemplo, cuando los datos se hayan borrado accidentalmente o por una persona no autorizada o cuando los datos se encuentren cifrados de forma segura y se haya perdido la clave de descifrado. También estaremos ante una violación de la disponibilidad cuando se haya producido un interrupción del normal funcionamiento del servicio, esto es, cuando se detecte un fallo temporal en el suministro o un ataque de denegación de servicio que haga temporalmente inaccesibles los datos personales. Por tanto, un incidente de seguridad de estas características que provoque la indisponibilidad de los datos personales durante un período de tiempo es también un tipo de brecha de seguridad, porque esta ausencia de acceso a los datos puede tener un impacto significativo en los derechos y las libertades de las personas físicas que habrá que valorar caso por caso, evaluando la probabilidad y gravedad del impacto de la ausencia de disponibilidad de los datos personales en los derechos y libertades de las personas físicas⁸. Además, este tipo de brecha deberá documentarse de conformidad con lo establecido en el artículo 33.5 RGPD, lo que ayuda al responsable del tratamiento a demostrar el cumplimiento de acuerdo con el principio de *accountability*.

2.2. La obligación legal de notificar las brechas de seguridad

Se entiende por brecha de seguridad de los datos personales a todo incidente de seguridad que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales tratados o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos⁹. Aunque algunas empresas o entidades ya disponen de medidas de seguridad como el cifrado, medidas que ofrecen más posibilidades de garantizar la seguridad del tratamiento, las violaciones o brechas de seguridad siguen siendo un problema habitual en la actualidad.

Hasta la aplicación del RGPD, la obligación de notificar este tipo de brechas de seguridad a la Autoridad de Control (en el caso de España, la Agencia Española de Protección de datos, AEPD) se reducía únicamente a operadores de servicios de comunicaciones electrónicas¹⁰ y prestadores de servicios de confianza¹¹. Ahora, es

⁸ Grupo de Trabajo del Artículo 29, Directrices sobre la notificación de las violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679, adaptadas el 3 de octubre de 2017, pp. 8-9.

⁹ Reglamento general de protección de datos, artículo 4, apartado 12; véase además Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2017), Directrices sobre la notificación de violaciones de datos personales conforme al Reglamento 2016/679, WP250, 3 de octubre de 2017, p. 8.

¹⁰ Véanse los artículos 41 y 44 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

una obligación, una parte de un todo en la gestión de la seguridad de la información, aplicable a cualquier responsable del tratamiento de datos personales.

De acuerdo con lo establecido en el RGPD, tan pronto como la empresa tenga conocimiento de que se ha producido una brecha de seguridad de los datos personales, deberá efectuar la correspondiente comunicación a la AEPD y, en su caso a los afectados, sin dilación y como máximo en las 72 horas siguientes. En caso de que no sea posible facilitar toda la información dentro del plazo indicado, se facilitará de manera gradual y a la mayor brevedad posible.

Aunque el responsable del tratamiento conserva la responsabilidad general de la protección de los datos personales, el prestador de servicios o encargado del tratamiento desempeña un papel importante para que el responsable del tratamiento pueda cumplir sus obligaciones, entre las que se incluye la notificación de las brechas de seguridad¹².

Hay que tener en cuenta que la notificación podría no realizarse cuando, una vez evaluada la brecha, se determine que es improbable que la misma constituya un riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, mientras que, por ejemplo, en la Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI)¹³ hay que notificar todas con independencia de su gravedad. Si bien, cuando sea probable que la brecha de seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas afectadas, el responsable del tratamiento deberá notificar, además de a la autoridad de control, a los afectados (titulares de los datos)¹⁴.

En *strictu sensu*, cada brecha de seguridad individual es un incidente que debe ser notificado. No obstante, para evitar una carga excesiva, el responsable del tratamiento podría presentar una “notificación agrupada” donde se incluyesen todas las brechas de seguridad identificadas, siempre que:

- a) afecten al mismo tipo de datos personales
- b) cuando la brecha de la seguridad se haya producido de la misma manera, en un período de tiempo relativamente corto.

En el caso de que las brechas de seguridad afecten a diferentes tipos de datos personales y que se hayan producido de forma diferenciada, la notificación deberá realizarse de la forma habitual, notificándose cada brecha de conformidad con el artículo 33¹⁵.

Una brecha de seguridad puede tener una serie de efectos negativos importantes sobre las personas, susceptibles de ocasionarles daños y perjuicios.

¹¹ Véase el artículo 19.2 del Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

¹² El artículo 28, apartado 3, letra f), dispone que el contrato u otro acto jurídico estipulará que el encargado del tratamiento “ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado”.

¹³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

¹⁴ Véase el artículo 34 del Reglamento general de protección de datos.

¹⁵ Grupo de Trabajo del Artículo 29, Directrices sobre la notificación de las violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679, adaptadas el 3 de octubre de 2017, p. 18.

Por ello, el RGPD exige al responsable del tratamiento que sea notificada a la autoridad de control competente sin dilación indebida, y en aquellos casos, en los que sea probable que exista un alto riesgo de que se produzcan estos efectos adversos para los interesados, el RGPD exige al responsable del tratamiento que comunique la violación de la seguridad a las personas afectadas tan pronto como sea razonablemente posible¹⁶.

En caso de que debiendo hacerlo, el responsable del tratamiento no notificara a la AEPD y, en su caso, a los interesados, la empresa se podría enfrentar a una multa administrativa¹⁷, junto con una medida correctiva en su caso, que puede ser de 10 millones de euros como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2% como máximo del volumen de negocio total anual global con arreglo al artículo 83, apartado 4, letra a), del RGPD.

El hecho de no notificar una brecha puede revelar la ausencia de medidas de seguridad (artículo 32 RGPD), y por ese motivo, las autoridades de control también tendrán la posibilidad de imponer sanciones por no notificar o comunicar la brecha de seguridad, por una parte, y por la ausencia de medidas de seguridad (adecuadas), por otra, ya que se trata de dos infracciones diferenciadas¹⁸.

En cifras, según las estadísticas ofrecidas por la AEPD en su Memoria de 2019¹⁹, en España se notificaron 1.459 brechas de seguridad, de las cuales 498 incluyen notificaciones a los interesados, con un total de 14 resoluciones de requerimiento de notificación a los interesados emitidas por la AEPD. En particular, las notificaciones de brechas de seguridad trasladadas a inspección han crecido de las 16 de 2018 a las 79 de 2019, lo que supone un incremento de casi un 400%.

3. LA GESTIÓN Y NOTIFICACIÓN DE BRECHAS DE SEGURIDAD

Desgraciadamente, sufrir un incidente de seguridad no es una opción, sino una cuestión de probabilidades. Ésta es una realidad difícil de asumir, no sólo desde el punto de vista técnico, sino también por las consecuencias económicas que puede ocasionar en la empresa los impactos directos e indirectos derivados de este hecho. Por ello, es necesario tomar conciencia e implementar medidas de prevención -que llevan implícitos costes económicos- aunque a priori no se traduzcan en un retorno de la inversión claro. Con independencia de la obligación legal de notificar, este estudio tiene como objetivo proporcionar directrices generales en la gestión de brechas de seguridad y, en especial, aquellos casos en los que la brecha tenga o pueda tener incidencia en el ámbito del RGPD, es decir, en aquellos casos en los que la brecha de seguridad pueda afectar a los derechos y libertades de las personas.

Bien es cierto que la gestión de las brechas de seguridad no constituye una novedad para las empresas ya que es una obligación contenida en otras

¹⁶ Véase también el considerando 86 RGPD.

¹⁷ Para más detalle sobre la aplicación y fijación de multas administrativas, consulte las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29, disponible aquí: http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=47889

¹⁸ Grupo de Trabajo del Artículo 29, Directrices sobre la notificación de las violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679, adaptadas el 3 de octubre de 2017, p. 11.

¹⁹ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), *Memoria AEPD 2019*. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/memoria-AEPD-2019.pdf>

normativas²⁰ y, además, ya en el Reglamento de desarrollo de la antigua LOPD²¹ se hacía referencia a la obligación de incluir en el documento de seguridad un procedimiento relativo a la notificación, gestión y respuesta ante incidencias. A pesar de no ser una obligación preceptiva en la nueva normativa la llevanza de este registro de incidencias, si resulta útil y necesaria para garantizar la proactividad de los responsable en sus registro de actividades de tratamiento.

3.1. *Gestión de incidentes de seguridad: Valoración de la brecha de seguridad.*

Cuando detectamos e identificamos un incidente de seguridad es necesario entrar en una primera fase de análisis donde se pueda recabar la información y clasificar el incidente con mayor conocimiento y precisión²². Es de vital importancia que la organización esté concienciada y haya recibido formación en la materia a la hora de detectar e identificar una brecha de seguridad, sobre todo los empleados con acceso a datos, son clave fundamental para garantizar la seguridad de los tratamientos y en concreto, la gestión eficaz de las brechas de seguridad²³.

Identificado el incidente, -aún no hemos confirmado si es o no una brecha de seguridad notificable- es preciso tener definido el plan de actuación para solucionar el incidente ya que de la clasificación del mismo dependerán las acciones a emprender durante los procesos de respuesta y notificación.

Es habitual que exista cierto solapamiento entre las distintas fases de la gestión de la brecha de seguridad, así podemos listar las siguientes:

- 1) **Preparación:** Se trata de la primera fase del proceso, donde se determinarán las medidas de contención tempranas y se definirán las figuras implicadas en la gestión de la brecha.
- 2) **Detección e identificación:** A través de mecanismos de detección apropiados se determinará si estamos o no ante un incidente de seguridad, momento en el que se deberá realizar una clasificación preliminar del mismo. Para identificar incidentes de seguridad es de gran ayuda contar con servicios de notificación o aviso como los que proporciona INCIBE y CCN-CERT o de los propios fabricantes de sistemas de información²⁴.

²⁰ Para las Administraciones públicas, el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (ENS), otorga el papel de coordinación en materia de respuesta a incidentes de seguridad al Centro Criptológico Nacional (CCN) (Art. 36) con el objetivo de articular mecanismos de respuesta a los incidentes de seguridad mediante la estructura CCN-CERT (Centro Criptológico Nacional-Computer Emergency Reaction Team) obligando a la notificación de incidentes de seguridad a las Administraciones Públicas y, a su vez, la necesidad de gestionar las brechas de seguridad. Al objeto de facilitar esta labor el CCN dispone de la guía para la “*Gestión y Notificación de Ciberincidentes*” (CCN-STIC 817) y, además, proporciona de forma gratuita la herramienta *LUCIA* como canal para llevar a cabo las notificaciones de brechas de seguridad.

²¹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

²² Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), *Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad*, 2018, p.24.

²³ MARTÍN SAN CRISTÓBAL, A., “Detección de incidentes y violaciones de seguridad”, Thomson Reuters, 2020, p. 4.

²⁴ MARTÍN SAN CRISTÓBAL, A., “Detección de incidentes y violaciones de seguridad”, Thomson Reuters, 2020, p. 4.

Además, en esta fase la empresa deberá anotar en su registro de incidencias aquellos incidentes de seguridad detectados e identificados como incidencias de seguridad que afectan a datos personales.

- 3) **Análisis y clasificación:** Es el momento donde se deberá recabar la máxima información y clasificar el incidente con mayor precisión, con el objetivo de confirmar la brecha, es decir, determinar si efectivamente estamos ante una brecha de seguridad, y valorar una posible notificación temprana a la AEPD y/o a los afectados.

Según la AEPD en su Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad, la brecha se podrá clasificar por:

- i. Tipo de amenaza (0-day, ataque dirigido, denegación de servicio, acceso no autorizado, etc);
- ii. Contexto u origen de la amenaza;
- iii. Categoría de seguridad de los sistemas y datos afectados;
- iv. Vector de ataque o método

Para valorar si el incidente de seguridad es o no una brecha de seguridad, así como su alcance, la empresa debe determinar la peligrosidad teniendo en cuenta la categoría o nivel de criticidad o peligrosidad; la naturaleza, sensibilidad y categorías de datos afectados; si los datos son o no legibles; el volumen de datos afectados; la facilidad de identificación de los afectados (inferencia); la severidad de las consecuencias del incidente para los afectados por la brecha, características especiales y número de afectados; entre otras.

- 4) **Proceso de respuesta y, en su caso, notificación:** Una vez, contenido el incidente, la erradicación puede ser necesaria para solventar determinados efectos del mismo, y así mitigar todas o parte de las vulnerabilidades que hubiesen sido explotadas. No se trata solo de aplicar medidas activas en el momento, sino de implementar controles periódicos y eficaces tendentes a minorar el riesgo en aquellos procesos de alto impacto, en este sentido resulta muy útil seguir alguno de los estándares internacionales de seguridad²⁵.

Asimismo, es importante recabar toda la documentación del proceso de cara a comunicaciones con las partes interesadas tanto de carácter interno como externo, y a la elaboración de un informe de cierre que permita extraer conclusiones y acciones de mejora en base a lecciones aprendidas²⁶.

En cuanto al proceso de notificación, sería conveniente formalizar un procedimiento al efecto, donde se evalúe la gravedad de la brecha²⁷ para, en su caso, notificar a la Autoridad de Control y/o a los interesados, y que contenga los

²⁵ Véanse, UNE-EN ISO/IEC 27001:2017. Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información. Requisitos; UNE-EN ISO/IEC 27002:2017. Tecnología de la Información. Técnicas de seguridad. Código de prácticas para los controles de seguridad de la información

²⁶ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), *Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad*, 2018, p. 28.

²⁷ A modo orientativo, la AEPD en su Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad propone en el Anexo III un posible modelo que puede ser utilizado como referencia en la toma de decisiones tanto para la notificación a la Autoridad de Control como para los propios afectados, valorando determinados umbrales bajo los cuales la empresa procederá a la notificación.

detalles sobre cómo escalar las notificaciones de brechas de seguridad a nivel interno.

- 5) **Seguimiento y cierre:** El plan de actuación requiere una serie de tareas de seguimiento y cierre tales como, la valoración de la contratación de un informe *forensic* que analice los hechos y recopile todas las evidencias precisas -siendo de gran utilidad en caso de disputa judicial o infracción administrativa-; valoración de las acciones legales oportunas analizando previamente los fines de imputación y la reparación del daño; y emisión de un informe de cierre sobre la trazabilidad del suceso y su análisis valorativo.

3.2. Criterios para la notificación de brechas de seguridad e información que debe facilitarse

Cuando un responsable del tratamiento notifica una brecha de seguridad a la autoridad de control, el artículo 33, apartado 3, establece que, como mínimo, debe:

- a) describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados;
- b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información;
- c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales;
- d) describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos.

En este sentido, es preciso destacar que es muy posible que en las primeras 72 horas no se disponga de toda la información, y en la mayoría de los casos, no se conozca el volumen de datos total afectados, por ello, se recomienda una notificación gradual como forma segura de cumplir las obligaciones de notificación.

No será necesaria la comunicación a los afectados siempre que se haya adoptado las medidas técnicas y organizativas adecuadas con anterioridad a la brecha de seguridad (por ejemplo, en caso de que se pierda un dispositivo que contiene datos, pero está cifrado) o con posterioridad mitigando total o parcialmente el impacto de la brecha de seguridad, y cuando la notificación a los afectados suponga un esfuerzo desproporcionado a nivel técnico y organizativo.

3.3. Métricas e indicadores

De cara la evaluación de la implantación, eficacia y eficiencia del proceso de gestión y notificación de brechas de seguridad es preciso contar con métricas e indicadores de referencia para medir y así, mejorar el proceso en la organización. Podemos destacar las siguientes: i) alcance del sistema de gestión; ii) resolución de incidentes de nivel de impacto alto, muy alto y crítico; iii) resolución de incidentes de nivel de impacto bajo y medio; iv) recursos consumidos; v) estado de cierre de los incidentes.

4.CONCLUSIONES

El Reglamento General de Protección de Datos implanta un nuevo modelo de protección de datos que incluye, entre otras obligaciones, garantizar la seguridad de los datos que están sometidos a tratamiento y notificar las brechas de seguridad de los datos personales a las autoridades de control y a los interesados. La comunicación de brechas de seguridad se convierte en una herramienta de suma importancia en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales de las personas, por ello, este nuevo paradigma de protección que introduce el RGPD coacciona a responsables y encargados con la imposición de sanciones administrativas en caso de incumplimiento.

Como hemos comentado, brechas de seguridad pueden producirse con independencia de si el tratamiento es efectuado por un responsable o por un encargado, y por este motivo, el RGPD obliga a los encargados también a notificar las brechas de seguridad al responsable del tratamiento sin dilaciones indebidas. Siendo el responsable del tratamiento el encargado de notificar a las autoridades de control y a los interesados afectados, con arreglo a las normas y plazos antes mencionados.

La implicación del todo el personal de la organización es una de las cuestiones clave para garantizar la seguridad del tratamiento y, también, para gestionar de forma eficaz y eficiente las brechas de seguridad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- HUSTINX, P., *EU Data Protection Law: the Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation*, EDPS Speeches & Articles, 2013. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-09-15_article_eui_en.pdf
- REYES KAHANSKY, C. M. “El deber de notificar y el derecho a la no autoinculpación en la protección de datos personales”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2019, pp. 281-318.
- GIBSON W., *Neuromante*, Barcelona, Editorial Planeta, 1984.
- GARCÍA LÓPEZ, M. *El impacto de Internet en el libre desarrollo de la personalidad*, Wolters Kluwer, 2018.
- PLATERO ALCÓN, A. “La seguridad como elemento clave en el tratamiento de datos personales en Europa: especial referencia al régimen de responsabilidad civil derivado de las brechas de seguridad”, *LEX*, núm. 23, 2019, pp. 55-73.
- MARTÍN SAN CRISTÓBAL, A., “Detección de incidentes y violaciones de seguridad”, *Thomson Reuters*, 2020, pp. 2-20.

Guías y Estándares:

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), *Guía para la gestión y notificación de brechas de seguridad*, 2018.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), *Memoria AEPD 2019*. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/memoria-AEPD-2019.pdf>
- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSEJO DE EUROPA, *Manual de legislación europea en materia de protección de datos*, Editorial Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.
- CONSEJO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, *Guía nacional de notificación y gestión de ciberincidentes*, 2020.
- GRUPO DE TRABAJO DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre la notificación de las violaciones de la seguridad de los datos personales de acuerdo con el Reglamento 2016/679*, adaptadas el 3 de octubre de 2017
- UNE-EN ISO/IEC 27001:2017. Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información. Requisitos.
- UNE-EN ISO/IEC 27002:2017. Tecnología de la Información. Técnicas de seguridad. Código de prácticas para los controles de seguridad de la información

Legislación:

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Reglamento (UE) N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

PARTICIPACIÓN POLÍTICA E IGUALDAD. PARIDAD EN LISTAS ELECTORALES EN ESPAÑA

POLITICAL PARTICIPATION AND EQUALITY. PARITY ON ELECTORAL LISTS IN SPAIN

María Pérez-Ugena de Coromina
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 17 de abril de 2020

RESUMEN: El tema objeto de este trabajo es la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la participación política desde su conceptualización como un instrumento en la construcción de género. Para ello nos cuestionamos cuál es el fundamento de la paridad y su relación con la igualdad real y la discriminación positiva. Una vez definida su naturaleza, así como su marco general, vemos cómo y con qué garantías se recomienda o reconoce la paridad en los distintos niveles normativos.

Centramos el debate acerca de las principales críticas que ha suscitado la paridad electoral, que en nuestro caso concreto se trata de participación equilibrada. De entre los distintos argumentos, hay ciertas cuestiones que son obvias, como el hecho de que la paridad es una limitación a la libertad de los partidos políticos. Lo cual no es obstáculo para que ésta sea constitucionalmente admisible, tal y como lo ha advertido el Tribunal Constitucional, o incluso recomendable, tal y como se viene planteando en los últimos años desde diferentes instancias.

Finalizamos con una valoración de la regulación actual. Se trata de una referencia a la eficacia práctica del sistema legal establecido en el caso de España. Los propios partidos, quizá no tanto por una conciencia de profundizar en la legitimidad de nuestra Democracia sino por algo más inmediato, la obtención de votos, ha asumido las cuotas como estrategia electoral. En otros casos los partidos políticos cumplen las “prescripciones” legales exclusivamente por el carácter coactivo de la norma. Tanto en un caso como en el otro, la práctica hace que se evidencie una falta de voluntad política real en muchos casos. Lo que les lleva a situar a mujeres en los espacios con menos poder, entre ellos, los últimos tramos en cada cinco puestos la lista. En los primeros tramos de lista encontramos más mujeres en el Senado y el Parlamento Europeo y menos para el Congreso. Lo que evidencia, por el peso real de las distintas Cámaras, lo que argumentamos. De manera general, los partidos han cumplido con la normativa pero calculando los efectos que produciría en cada distrito. El resultado ha sido desigual pero en todo caso no ha incrementado de manera determinante la cifra anterior a la aprobación de la Ley Orgánica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

ABSTRACT: The purpose of this paper is the study of the application of the principle of equality between women and men in the field of political participation as a tool in the construction of gender. We make an enquiry into the basis of parity and into its relation to real equality and affirmative action. After providing a definition of its nature and its general framework, we analyze how parity is recognized and what guarantees are provided by the different regulatory levels. Then, we focus on the main objections raised by gender parity in elections, which, in our case, refers to balanced participation of men and women. Among the various arguments used, some are quite obvious, as it is the fact that parity amounts to a limitation on political parties' freedom. This does neither necessarily mean that it is inadmissible under the Constitution, as the Constitutional Court itself has declared, nor that it is not advisable, as it is being proposed in a variety of forums in recent years. We conclude with an assessment of the current regulation and of the practical effectiveness of the legal system established in Spain. The political parties themselves, perhaps not so much because of a deeper awareness of the legitimacy of our democracy, but because of the more immediate object of obtaining electoral votes, have assumed the gender quota in a broader electoral support strategy. In other cases, political parties meet the legal requirements exclusively because of the coercive nature of the rule. In the one case as in the other, adherence to the rule in practice often reveals a lack of real political will. The above leads them to place women in spaces with less power, including the last positions of each group of five on the electoral rolls. In the first places, we find more women on the Senate and European Parliament electoral rolls and less on the Congress one. The different relevance of the different legislative chambers supports our view in this paper: generally speaking, the political parties have complied with the rules but calculating the effects on each district. The results have been uneven, but no substantial increase in the number of female candidates on the voting lists has been noticeable, since Organic Law 3/2007, of 22 May, for effective equality between men and women was passed.

PALABRAS CLAVE: Paridad. Listas electorales. Igualdad política.

KEYWORDS: Gender parity. Electoral nominations. Political equality.

SUMARIO: I. Introducción. II. Evolución del derecho a la igualdad en el ámbito político. III. Igualdad y discriminación por razón de género. Fundamento de la igualdad en la democracia paritaria. IV. Representación política y acciones positivas. V. Reconocimiento de la representación paritaria. VI. Argumentos y críticas respecto a la representación paritaria o equilibrada. VII. Valoración del sistema actual. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

El tema objeto de este trabajo es la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la participación política desde la perspectiva de su concepción como un aspecto o instrumento en la construcción de género.

La construcción de género¹ responde a un proceso complejo de aplicación del principio de igualdad, entendida “igualdad” en un sentido amplio y no solo como equivalente a “discriminación”. En la práctica, la igualdad de la mujer y su verdadera participación en todos los ámbitos de la vida viene a dar una mayor legitimidad a nuestra democracia. Se trata, por último, de un proceso en desarrollo, que debe abordarse de un modo integral, mediante un enfoque transversal, que profundice en las medidas de sensibilización y prevención y que exige políticas dirigidas a erradicar la discriminación en todos los ámbitos.

De acuerdo con lo anterior, lo que pretendemos es fundamentar la paridad de las listas electorales, o bien la composición equilibrada de las mismas, dentro del discurso de género. Este enfoque se basa en la idea de que la paridad responde a un doble fundamento, como veremos a lo largo de nuestro trabajo. De una parte, es un fin en si mismo y, de otra, y como consecuencia de los efectos de distinto orden, derivados del hecho de que la mujer ocupe un lugar determinado en el ámbito político, la paridad se convierte en un instrumento para obtener mayores cuotas de igualdad real y efectiva, no solo en el ámbito concreto de la política, sino en los distintos ámbitos de la vida de la mujer.

Lo anterior nos obliga, en primer lugar, a plantearnos el significado de la igualdad política para lo que nos situamos en un marco conceptual evolutivo, que nos hace reflexionar sobre el porqué y cuándo de los logros iniciales en la

¹ La definición que el Comité Preparatorio de Pekín propuso de «género», con ocasión de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer, es la siguiente: “*Género se refiere a los roles y responsabilidades de la mujer y del hombre que son determinados socialmente. El género se relaciona con la forma en que se nos percibe y se espera que pensemos y actuemos como mujeres y hombres, por la forma en que la sociedad está organizada, no por nuestras diferencias biológicas*”. Según la Directiva de la ONU, el género se refiere a las relaciones entre mujeres y hombres basadas en roles definidos socialmente, que se asignan a uno u otro sexo.

igualdad política. En segundo lugar, ponemos en relación igualdad y paridad, en concreto igualdad de género, puesto que la paridad, como una evolución del concepto inicial de la igualdad política, no descansa de manera inmediata y exclusiva en la no discriminación, o al menos no lo hace en la actualidad. Su referente es, en cambio, la igualdad real.

Esto nos lleva a cuestionarnos si la paridad implica discriminación positiva o si, por el contrario, el fundamento de la paridad tiene otros basamentos. Vemos para este fin cual es el tratamiento que se otorga a la acción positiva entre nosotros, a través de la legislación y jurisprudencia constitucional, así como en las decisiones de la jurisprudencia en la Unión Europea. Una vez definida su naturaleza, así como su marco general, analizamos cómo y con que garantías se recomienda, reconoce o consagra la paridad en los distintos niveles normativos. Por fin, y con carácter conclusivo, recogemos y debatimos acerca de las principales críticas que ha suscitado la paridad electoral, que en nuestro caso concreto se trata de participación equilibrada, sin que llegue a la paridad, para acabar con una referencia a su eficacia real o práctica.

II EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO POLÍTICO

La Ilustración se sitúa como el punto de partida en referencia a los movimientos que pretenden conseguir el derecho a la participación política de las mujeres. Es preciso traer a nuestro discurso que el sujeto histórico universal en el pensamiento político y social de occidente es el hombre blanco, propietario y/o instruido, con la consecuente invisibilidad de la mujer, así como de los hombres no blancos y/o no propietarios-no instruidos². De esta forma, las

² En sus orígenes, los movimientos vindicativos de la igualdad de la mujer van de la mano del discurso de raza. De igual forma que en la raza, se parte de una diferencia absoluta de carácter biológico de la que se suponen una serie de caracteres de origen natural que jerarquiza como consecuencia de esa base biológica a unas y otras personas. Las sufragistas, de hecho, fueron en muchos casos defensoras del derecho al voto para los negros y formaron parte del movimiento abolicionista. Así, en 1833 Lucrecia Mott fundó la primera sociedad abolicionista de mujeres en EEUU. Junto a ella, destacaron Elizabeth Cady Stanton y Susan B. Anthony que plantearon la enmienda decimotercera de la Constitución para abolir la esclavitud y garantizar la igualdad ciudadana incluyendo a las mujeres. Sin embargo, en 1868 se aprueba la enmienda decimocuarta que concede voto a los varones que habían sido esclavos hasta tres años antes y sin embargo se niega el voto a las mujeres. Vid. PÉREZ GARZÓN, JS (2011) *Historia del Feminismo*. Catarata págs. 91 a 99.

pautas culturales de Europa y EEUU durante el último tercio del Siglo XVIII y primera mitad del XIX, arrancan de ese concepto jerarquizado y discriminatorio a partir de la traslación de la diferencia de sexo al plano cultural ideológico y de la justificación de un orden jerárquico de género en el que la mujer se re-dirige al ámbito exclusivamente privado o doméstico, sin que tengan la consideración de “sujeto” como lógica consecuencia de su exclusión en el terreno de público. Y de manera concreta, de la participación política³⁴.

Realmente lo mas paradójico de la Ilustración es que frente a la proclama de un Estado que consagra la libertad y la igualdad, la generalidad de la ley, o el carácter innato de los derechos para todos, es contradictorio, teóricamente hablando, que la mujer resulte excluida de ese panorama. Los propios textos constitucionales, producto de los Estados liberales surgidos como consecuencia de movimientos revolucionarios en favor de la igualdad, no incluían a las mujeres⁵.

³ Para VALCÁRCEL, A. (2012) «el feminismo es un hijo no querido de la Ilustración» en *Feminismo en el mundo global*, Cátedra. 4º ed. 2012 pág. 20. Insiste en este idea a lo largo del capítulo III dedicado a la primera ola del feminismo.

⁴ La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1791 distinguía, como consecuencia, entre ciudadanos activos, y pasivos. De esto últimos formaban parte los hombres sin propiedades y todas las mujeres.

⁵ Tal es el caso de CONDORCET, en Francia, cuyas críticas se dirigen, entre otras cuestiones, a que no se permita la participación política de la mitad del género humano, sin que haya una justificación. CONDORCET *Sur l'admission des femmes au droit de cité* (1790) en el que se reivindica la igualdad de la mujer y sus derechos en la participación política. Este ilustrado parte de una idea base, que da por hecho, la igualdad natural y las mismas cualidades del hombre y la mujer, y es claramente crítico con la desigualdad entre hombre y mujer. Considera que sería un gran progreso para la humanidad acabar con los prejuicios entre los sexos BIGLINO CAMPOS, P (2014) . “La República de Condorcet, una República con ciudadanas” en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Corts Valencianes, págs. 129 a 142.; En la misma oc. TORRES DEL MORAL, A . “Condorcet, un avanzado de la igualdad femenina” págs. 619 a 640. Esto es, sin que se demuestre la diferencia de las mujeres en los derechos naturales o en su capacidad no es justificable el trato desigual. En su obra argumenta frente a los prejuicios sobre las mujeres con sagacidad. Fue, además, un precursor de la educación igualitaria. Es preciso aclarar, sin embargo, que pese a su interés teórico y desde lo que representó desde nuestra perspectiva actual, la obra de Condorcet no tuvo gran influencia en su momento. También MARY WOLLSTONECRAFT, en Inglaterra (1792), autora de *Vindicación de los derechos de la mujer*, quien parece adelantarse a la concepción de la igualdad real y la función del poder público para lograr mayores cuotas de la misma al proponer que se establezcan mecanismos de carácter social o político para compensar la *supuesta inferioridad natural de las mujeres* W *Vindicación de los derechos de la mujer*. Cátedra, 1994. Otras personas destacaron por sus obras en la época de la Ilustración. En 1673 FRANÇOIS POULAIN DE LA BARRE, filósofo cartesiano publicó *La igualdad de los sexos*, con el que pretende aplicar a los derechos de la mujeres las críticas hacia los prejuicios tradiciones propios de su época, desde su pensamiento cartesiano, al concebir la desigualdad entre sexos como un prejuicio, el prejuicio por antonomasia. Sobre el pensamiento del autor véase: AMORÓS, C (2008). *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. ed. Cátedra, Valencia, 3ªed. 2008. págs. 109 y ss; OLIMPIA DE GOUGES en Francia, quien presentó ante la Asamblea constituyente la Declaración de Derechos de la Mujer y la ciudadana (1791), en réplica a la Declaración de los Derechos

Además de la Ilustración, se suelen distinguir a estos efectos, dentro de los tres grandes momentos en la evolución de los movimientos que trataron de igualar el derecho a la participación política entre mujeres y hombres, una segunda, la liberal-sufragista, desde el manifiesto de Seneca hasta la II Guerra Mundial y la última, que podemos definir como feminismo contemporáneo.

El desarrollo del capitalismo industrial dará lugar a cambios sociales muy profundos de los que emergen movimientos entre los cuales está el feminismo libertad sufragista y que se caracterizan, entre otros, por su internacionalización. En este marco hay que situar la convención internacional sobre los derechos de la mujer celebrada en Nueva York cuyo fruto es la “*Declaración de Sentimientos de Séneca Falls*” (1848) y que supone el comienzo de una nueva etapa.⁶ En los años posteriores a la citada Declaración, es fundamental la labor de las asociaciones para lograr el sufragio⁷. También debemos destacar, entre la doctrina favorable al sufragio femenino, el pensamiento y obra de John Stuart Mill que, en 1869, publicó *La esclavitud de la mujer*, (*The Subjection of Woman*)⁸

El voto fue posible para las mujeres norteamericanas en 1920 gracias a la aprobación por mayoría exacta de dos tercios de la Enmienda la Decimonovena. Las sufragistas inglesas también lucharon casi 40 años, contra

del Hombre y el Ciudadano, por considerar que excluía a las mujeres y que por ello era nula. En su artículo tercero señala “*El principio de toda soberanía reside, esencialmente, en la Nación, que no es sino la reunión de la mujer y del hombre; ninguna corporación, ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella*”. Véase sobre esta autora BLANCO O (2000), *Olimpia de Gouges (1748-1793)* Ediciones del Orto, 2000.

⁶ En la Declaración se plantearon exigencias civiles, sociales y religiosas, con especial énfasis en el ámbito laboral. Se plantea la necesidad de hacer efectivo el derecho a la educación para las mujeres. PÉREZ GARZÓN, JS ob. cit. págs. 93 a 96. Esta Declaración tiene como base la crítica a las restricciones de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, entre ellas, que no se permita a las mujeres el sufragio activo o pasivo, o el ejercicio de otras actividades de índole política. Entre sus “Decisiones” está “*Que es deber de las mujeres de este país asegurarse el sagrado derecho del voto*”

⁷ En 1868 se funda la “National Woman Suffrage Association” (NWSA) y en 1869 se escinde la “American Woman Suffrage Association” (AWSA), unificándose en 1890 con la “National Woman Suffrage Association” “NWSA”

⁸ Se trata de un libro transcendente y excepcional que se convirtió en la referencia de fondo del sufragismo inglés, desde el liberalismo. Para él, la exclusión de la mujer se debe a prejuicios que son obstáculos de la racionalidad propia de la sociedad moderna. Fue también un claro defensor del acceso de la mujer a las instituciones educativas. De hecho, el reconocimiento del voto para las mujeres, fue de la mano del derecho a la educación.

un sistema que llegó a organizar su negativa a dar el voto a las mujeres, mediante la Ligas Antisufragio, a través de sus asociaciones⁹. Pese a ello se consiguió en 1917, gracias a un cambio en la opinión pública producido, entre otros motivos, por la participación de las mujeres en la I Guerra Mundial, si bien inicialmente se diferenciaban los requisitos del sufragio, puesto que solo se reconocía para las mujeres a partir de los 30 años de edad. En 1928 se igualó la edad electoral de ambos sexos. Nueva Zelanda fue el primer país que concedía el derecho al voto femenino en 1893. Son posteriores, por mencionar sólo algunos países, Australia (1902) Finlandia (1906), Noruega (19013). Al final de la I Guerra Mundial, Alemania, Gran Bretaña, Suecia, Holanda, Austria, Hungría y Checoslovaquia. Después de la II Guerra Mundial la generalidad de los Estados han reconocido el derecho al voto de las mujeres.¹⁰ En España, como sabemos, en 1931 se consiguió el voto femenino mediante un Decreto del Gobierno provisional^{11,12}

Tras el paréntesis de la Dictadura de Franco, en la que se anuló lo conseguido en el ámbito de la igualdad política, la siguiente etapa viene dada por la postmodernidad, que conlleva nuevos planteamientos¹³. Se toma conciencia en esos años de que, pese a los avances que suponían los nuevos derechos políticos y educativos, no había paridad y aquellos no consiguieron los cambios esperados en la realidad social. En España esta época corresponde al inicio de nuestra Democracia. Sin embargo, ni en la Democracia en España de aquellos años ni

⁹ Destaca la unión entre las distintas asociaciones para crear la National Union of Women's Suffrage Societies (NUWS) en 1897 que rompería después con el Partido Liberal, para apoyar a los Laboristas y utilizó tácticas mucho más agresivas

¹⁰ PÉREZ GARZÓN, JS. op. cit. págs. 87 y ss.

¹¹ VALCARCEL, A (2002), *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Congreso de los Diputados, Madrid. Del Gobierno provisional salieron elegidas, inicialmente, Clara Campoamor y Victoria Kent. La primera, defendió el principio de igualdad política que venció en la votación parlamentaria, de manera que el artículo 34 del proyecto quedaría incorporado en la Constitución con el número 36 y redactado del siguiente modo: “*Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales, conforme determinen las leyes*”. Fue aprobado con una mayoría de abstenciones por 161 votos a favor y 121 en contra

¹² Puede verse el discurso de Clara Campoamor ante las Cortes el 1 de octubre de 1931, donde quedaría aprobado el voto femenino en España en la Red feminista de Derecho Constitucional (obtenido el 27 de febrero de 2020)

¹³ AMORÓS, C (2000). *Tiempos de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Madrid: Cátedra. págs. 203 y ss. Sobre el concepto de postmodernidad, se trata de un término ambiguo y difícil de definir que situamos entre los años 70 a 90, en el que hay una reflexión sobre lo que ha supuesto la modernidad y conlleva una crítica a la misma desde su propia evolución y en una perspectiva cultural por la toma de conciencia del cambio

en las agendas de los Gobiernos de nuestro entorno se incluyó la paridad como un objetivo, pero si declaraciones de igualdad tanto formal como real, en el sentido en que lo hace nuestra Constitución.

De los movimientos en favor del sufragismo se ha evolucionado hacia concepciones que abarcan la igualdad de oportunidades y no simplemente igualdad frente a la discriminación. De ahí arranca la raíz de las acciones positivas, que inicialmente se centra en un debate sobre las cuotas de los años setenta se ha pasado a la paridad en los años noventa, cuya fundamentación, como veremos, es diferente.

En el año 2007 se aprobó nuestra vigente Ley de Igualdad que abrió un novedoso campo de intervención en materia de igualdad de género y que definiría el *mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género como principio básico de actuación de los poderes públicos. La Ley impone por primera vez la participación equilibrada en las listas electorales.

Podemos concluir con que actualmente la pretensión de una representación paritaria, o al menos equilibrada, está asumida como una necesidad en el ámbito internacional y es un instrumento fundamental para lo que se ha denominado como el “empoderamiento” de las mujeres¹⁴. En la actualidad, los datos globales de la Unión Interparlamentaria (UIP) muestran que las mujeres parlamentarias no llegan al 25 por ciento. El promedio mundial en 2019 es de 24.3% para ambas Cámaras. Los países nórdicos están a la cabeza con un 42.5% de representantes parlamentarias mujeres Europa está en un 27.2%, si dejamos fuera los países nórdicos y a la cola se sitúa la región del Pacífico con un 16, 3%¹⁵.

¹⁴ El empoderamiento no es un principio de naturaleza filosófica, no es tanto un valor o guía de referencia sino una táctica concreta con la que se pretende obtener resultados. Su finalidad última es una mayor igualdad real que sitúe a la mujer en una posición más equitativa respecto de los hombres en lo relacionado con el acceso al poder, entendido poder en un sentido amplio. Se comprende como una necesidad dentro de un contexto que define un sistema jerárquico de relaciones de distinto orden sobre la base de un hecho biológico para señalar y mantener una situación de asimetría respecto de hombres y mujeres. Así se puso de manifiesto en la Plataforma de Beijing,

¹⁵ <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/women-in-politics-2019-map-es.pdf?la=es&vs=3303> Obtenido el 14 de abril de 2020

III. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO¹⁶. FUNDAMENTO DE LA IGUALDAD EN LA DEMOCRACIA PARITARIA

La igualdad se configura como un principio general del Derecho, además de como un valor y un derecho subjetivo, reconocido en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, que impone límites a los poderes. Del contenido de estos preceptos tradicionalmente se han distinguido, como sabemos, dos concepciones básicas en la CE, si bien en parte esta doble concepción ha sido superada en la actualidad. *“No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”* (STC 76/1990) Lo que daría un encaje claro en lo que pueden ser las acciones positivas.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW) (1979) en su artículo 1 define como *“discriminación contra la mujer” “Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*¹⁷

Debemos diferenciar la igualdad política de la igualdad civil. En lo que concierne al reconocimiento desde nuestra Constitución, hay referencias claras

¹⁶ Véase sobre este tema REY MARTINEZ, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mc Graw-Hill, Madrid,

¹⁷ La igualdad entre mujeres y hombres se ha definido como *“situación en que todos los seres humanos son libres de desarrollar sus capacidades personales y de tomar decisiones, sin las limitaciones impuestas por los estrictos roles tradicionales, y en la que se tienen en cuenta, valoran y potencian por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de hombres y mujeres. La igualdad formal (de jure) no es sino una primera etapa hacia la igualdad real (de facto). Un trato desigual y ciertas medidas incentivadoras (acciones positivas) pueden ser necesarios para compensar discriminaciones pasadas y presentes. Las diferencias entre hombres y mujeres pueden verse influidas por otras diferencias estructurales, como la raza, la pertenencia étnica y la clase social”*. Guía para la evaluación del impacto en función del género. Comisión Europea

a ésta última, pero no ocurre lo mismo con la igualdad política. Así, el artículo 32 declara el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, así como la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad. Como consecuencia, se han producido reformas legislativas muy importantes en materia de filiación, matrimonio y familia que benefician a la igualdad de género. También en materia laboral en el artículo 35, se consagra la igualdad de género al prohibir discriminación por razón de sexo en relación al trabajo. Estos preceptos son concreción del principio genérico recogido en el artículo 14 de la Constitución y referidos a ámbitos concretos, quizá los mas importantes, familia y trabajo. Sin embargo, no hay una referencia específica en otras materias, como el aspecto de participación política.

Sin perder la perspectiva de lo que ha significado la igualdad formal en la historia de las vindicaciones de la mujer, debemos entender que ésta ha quedado superada en el marco de un Estado social, en el que la igualdad “real” exige, de acuerdo con el artículo 9.2 del texto constitucional, y con una interpretación mas abierta del artículo 14, según hemos visto en las referencias generales a la cuestión, una posición activa de los poderes públicos a favor de la mujer mediante el desarrollo de las políticas dirigidas a su verdadera inserción en todos los ámbitos de la vida

En el desarrollo legislativo de la Constitución y en lo que atañe al ámbito estatal, la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOI) pese a sus aciertos/errores y lagunas, ha supuesto un cambio muy importante al enfocarse, como señala su Exposición de Motivos en múltiples áreas utilizando nuevos instrumentos jurídicos.

El objeto de esta Ley es, de acuerdo con su artículo primero, hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la desigualdad de la mujer, sea cual fuera su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida, y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, para en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución,

alcanzar una sociedad más democrática, mas justa y mas solidaria . A partir de esta delimitación del objeto de la ley, se ponen en marcha una serie de medidas para lograr unas mayores cuotas en el cumplimiento del principio de igualdad.

En nuestro país, ha sido decisiva la labor del Tribunal Constitucional en la interpretación de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución para dar forma a la doctrina sobre igualdad. De manera progresiva se ha producido una evolución que encuentra su reflejo en la jurisprudencia respecto del tipo de medidas aplicables a las políticas de igualdad. Lo que no podía ser de otro modo puesto que, como sabemos, en los estudios de género, la jurisprudencia es esencial en su papel de nexo con la realidad social. Además de que el Tribunal Constitucional ha tenido que construir un cuerpo de doctrina sobre igualdad de género dado lo escaso de la regulación inicial.

Podemos distinguir ciertos hitos en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la igualdad de género. En un primer momento, hasta 1987, la jurisprudencia se fundamenta en el aspecto puramente formal de la igualdad (STC 103/1983). Tras esta primera línea argumental, en 1987, se inicia otra línea jurisprudencial. Con la STC 128/1987 se supera la concepción puramente formal de la igualdad y se asume una situación de desigualdad previa de la mujer como consecuencia de *“tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables”*. De manera, que la actuación del poder público *“no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”*.

Un tercer momento, con la STC 59/2008, de 14 de mayo, por la que el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal en su redacción dada por la LO 1/2004, sobre violencia de género, supone un paso mas en su papel de consolidación de la igualdad real y efectiva.

De lo anterior se desprende de manera clara que, tanto desde la posición jurídico-constitucional, a través de la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional, como legal, mediante la LOI, la igualdad real y efectiva que se incluye en el propio artículo 14 de la Constitución, conforme a una interpretación amplia del mismo, es el enfoque preciso en el tratamiento de la participación política equilibrada.

IV. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y ACCIONES POSITIVAS

Las acciones positivas tienen su origen en EEUU a través de la conocidas como “*affirmative action*”¹⁸. Se relacionan con la idea de igualdad de oportunidades dirigida a corregir las desigualdades sociales que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales¹⁹. La igualdad de oportunidades se ha contrapuesto a la igualdad de resultados, si bien es difícil distinguir entre ambas, ya que la igualdad de resultados sólo es un medio para conseguir el objetivo constitucional subyacente a la igualdad material: alcanzar la igualdad de oportunidades²⁰. Por último, las acciones positivas pretenden favorecer a las mujeres que han estado históricamente en situación de desigualdad. Sin embargo, las medidas de acción positiva solo son válidas si se cumplen ciertas condiciones. En concreto, que se ajusten a criterios de racionalidad y proporcionalidad y que se conceptúen como medidas transitorias que sean aplicables en cuanto subsista la desigualdad.²¹

¹⁸ Sobre esta cuestión vid. el estudio específico sobre el tema en EEUU de MARÍN VIDÁ MA (2003). “Evolución del Principio de Igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 23. Núm. 68. Mayo-Agosto págs. 151 y ss. De acuerdo con la autora, la Corte Suprema americana considera el tratamiento preferente de determinadas minorías étnicas, así como de las mujeres, como básicamente compatible con las exigencias del Título VII de la Civil Rights Act de 1964 y con la *equal protection clause* de la Decimocuarta Enmienda (y con las mismas exigencias constitucionales que para la Federación se derivan en esta materia de la *due process clause* de la Quinta Enmienda) cuando tales preferencias están al servicio del objetivo de superar los efectos de una concreta discriminación pasada por razón de etnia o de sexo. Sentencia *City of Richmond v. JA. Croson Co.*. A la hora de valorar la conexión entre el medio empleado (medidas de tratamiento preferente) y el objetivo al que se aspira (eliminación de las consecuencias de la discriminación) la Corte tiene en cuenta en todo caso: primero, hasta qué punto la medida es necesaria y hasta qué punto serían eficaces otras medidas alternativas; segundo, la duración prevista de la medida y su flexibilidad, lo cual incluye un rechazo a las cuotas rígidas y una valoración positiva de la existencia de cláusulas de excepción; y tercero, los efectos que el tratamiento preferente tiene o va a tener presumiblemente sobre la posición jurídica de terceros

¹⁹ BARRERÉ UNZÚETA, M.A. (1997). en *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid,

²⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999) *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación positiva*, Tirant lo Blanch, Valencia,

²¹ La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres recoge: “Artículo 11. Acciones positivas. 1. *Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones*

Es preciso distinguir las acciones positivas de las de protección, si bien ambas persiguen el objetivo de favorecer a la mujer, en el caso de las medidas de protección ese “favorecer” se hace desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición relegada, bien porque se funden en una inferioridad física o en una supuesta mayor vocación a las tareas familiares. De ahí que el Tribunal Constitucional haya declarado la inconstitucionalidad de ciertas normas por considerarlas protectoras²². Lo que ocurre es que, en la práctica, no es fácil en muchas ocasiones distinguir si estamos ante una norma protectora o una acción positiva.

Volviendo a la discriminación positiva, el problema es medir el grado de desigualdad aceptable o justificado con el fin de lograr una igualdad real, en la consecución de objetivos. Solo lo sería si la medida es proporcionada, de ahí, que la justificación y la proporcionalidad sean fundamentales para determinar la conveniencia de una medida. Como hemos señalado, el punto de inflexión en nuestro país se produce con la STC 128/1987²³. Crea una línea jurisprudencial en la que el sexo al que hace referencia el artículo 14 deja de considerarse como prohibición absoluta. Se entiende que no se trata de que el sexo deba obligar a un trato de neutralidad entre hombre y mujer en todo caso. Al contrario, permite un trato diferenciado siempre que tenga por objeto eliminar situaciones de discriminación existentes en las que se encuentran las mujeres. Y este trato diferenciado se asume en el contenido del artículo 14 CE sin que precise apoyarse en el artículo 9.2.

patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

²² Típicos ejemplos serían: Otorgar un plus de transporte nocturno solo a las trabajadoras.; Atribuir exclusivamente a hijas y hermanas de los pensionistas causantes la prestación.; Prohibición de trabajo en las minas a las mujeres; Posibilidad de rescindir un contrato con una indemnización por contraer matrimonio solo a las trabajadoras; O establecer una edad diferente de jubilación de mujeres y varones. RIDAURA MARTINEZ, MJ (2004): «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en RIDAURA MARTINEZ; María José. y AZNAR GOMEZ, M. (coords.) *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant, lo Blanch, Valencia, págs. 213 y ss. De la misma autora véase “La interdicción de discriminación por razón de sexo en la Constitución española de 1978” en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Corts Valencianes, 2014 págs. 494 y ss.

²³ REY MARTINEZ, F. (1995) op.cit. págs 9 y ss.

La discusión doctrinal está en la conveniencia y alcance de la discriminación positiva. Puesto que se advierten ciertos efectos adversos, puede exigirse que solo se utilice este procedimiento en caso en que el objetivo perseguido no sea alcanzable de otra manera, que se acredite la desigualdad de hecho de forma objetiva y razonable para que se legitime la acción por considerarse proporcional y justificada y por último, su carácter transitorio. Sin embargo, y pese a las críticas suscitadas, es cierto que se trata de un instrumento válido para lograr mayores cuotas de igualdad entre mujeres y hombres y así se ha reconocido en derecho internacional, comunitario e interno.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) acepta estas medidas expresamente en su artículo 4. “1. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.* 2. *La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad, no se considerará discriminatoria*”.

También en Derecho Comunitario están aceptadas las medidas de acción positiva desde la Directiva 46/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, ya reconoce estas medidas como forma de corregir desigualdades. Así como la Directiva de modificación de ésta 2002/73/ CEE. Hay además una Recomendación del Consejo, de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, podemos diferenciar varias etapas teniendo en cuenta que el tratamiento de esta cuestión ha variado desde una posición mas tibia hasta otra mas abierta aunque no

suficientemente enfática. Así, por ejemplo, en los casos *Kalanke* (STJCE 17/10/1995²⁴) y *Marschall* (STJCE 11/11/1997²⁵) el Tribunal ha entendido que la aplicación automática de ciertas medidas sin que se pudieran modular para cada caso concreto es contrario al Derecho Comunitario porque es una excepción al principio de igualdad de trato y que debe aplicarse de manera restrictiva. Es decir, las medidas de acción positiva son en esta primera fase una excepción al principio de igualdad y no parte o contenido del mismo.

Con el Tratado de Ámsterdam como referencia, el Tribunal asume una concepción algo mas abierta y entiende que la igualdad formal y material son complementarias y que las medidas de acción positiva no son una excepción al principio de igualdad de trato. Si bien en el caso *Georg Badeck* (STJCE 28/3/2000) entiende que la acción positiva debe ser proporcional y que, por ejemplo para ese supuesto, el mejor derecho de la candidata solo era válido si había obtenido la misma calificación que el hombre. Lo mismo ocurre en otras Sentencias como *Abrahamsson* (STJCE 6/7/2000) en que se reitera que si las calificaciones de la mujer son inferiores no es aplicable la acción positiva por no ser conforme con él, pero que puede darse prioridad a un candidato porque pertenezca al sexo menos representado.

Por lo tanto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que pueden aplicarse medidas de acción positivas siempre que se respete el principio de proporcionalidad entre objetivos y fines. Para se considere cumplido el principio de proporcionalidad es preciso que los méritos de quienes se presenten a una plaza sean equivalentes, además de que se valora las circunstancias concretas de cada caso. Sin embargo, esto nos lleva, en primer lugar, a plantearnos qué se

²⁴ Kalanke (sentencia de 17 de octubre de 1995, en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen). la Ley del Land de Bremen de 20 de noviembre de 1990. Esta ley trataba de garantizar la igualdad de trato de hombres y mujeres en el acceso a la función pública. En concreto, el art. 4 de dicha ley otorgaba preferencia en los ascensos en la función pública a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se tratara, estuvieran infrarrepresentadas. Dado ese carácter, dicho principio habría de interpretarse de manera estricta. Se consideró que la prioridad absoluta concedida a las mujeres por la Ley de Bremen sobrepasaba los límites de la excepción prevista por la Directiva

²⁵ La sentencia del caso Marshall (sentencia de 11 de noviembre de 1997, en el asunto Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95) Puede verse comentada MARTÍN VIDA, M. Á (1998) , «Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marshall», Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 53, págs. 313-336.

consideran méritos y si para su valoración no se tiene en cuenta la situación real de desigualdad de la que se parte. En segundo lugar, en la práctica, al contar con una cláusula de apertura no se permite que se conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos. Se da entrada de esta manera a elementos de naturaleza subjetiva, que dificultan las medias de acción positiva.

Una vez aclarada la postura acerca de las acciones positivas, nos planteamos si la paridad es equivalente, desde un punto de vista conceptual, a la cuota en el ámbito de representación parlamentaria. Nos queda determinar, por tanto, si es una mas de las acciones positivas.

Pues bien, para nosotros, las acciones positivas son un medio de lograr la igualdad, aplicable en cualquier ámbito. Sin embargo, ello no obsta para que la paridad pueda y deba entenderse como un fin en si mismo basado en un fundamento propio y distinto, si bien confluye con aquellas en cuanto a sus resultados. No obstante, el sistema de cuotas para lograr la paridad, cuyo objeto es que exista un equilibrio en la representación en los centros de poder, no puede calificarse como discriminación positiva. Y esto, porque su fundamento es, como decimos, distinto, según ha señalado el Tribunal Constitucional. No pretende tratar de manera diferente lo diferente, sino que su objetivo es poner fin al hecho de que el sistema, como se ha señalado, sesgue en función del género y no sea imparcial²⁶.

En este sentido, se ha señalado que no habría cuotas, *“en primer lugar porque la garantía de la representación no va dirigida solo a uno de los sexos, sino a ambos (de haber cuota sería por ambos con lo cual la idea de cuota desaparece); pero sobretudo porque su objetivo no es sin más facilitar el acceso a uno de los sexos a dichos puestos, sino la neutralización precisamente de las diferencias por razón de sexo a través de la participación de ambos en asuntos que les*

²⁶VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, 4ª ed. 2012 págs.160 y ss.

*atañen porque están obviamente influidos por roles o estereotipos arraigados socialmente que les afectan”.*²⁷

Esta es también la posición del Tribunal Constitucional, en STC 12/2008, que ha señalado, en relación al modelo establecido en la LOI, que no estamos ante *“una medida de discriminación inversa o compensatoria, sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40%. Su efecto pues es bidireccional en cuanto que esta proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo”*.

De esta forma, el objeto de la medida no sería favorecer a las mujeres, por ser las históricamente subrepresentadas, en su entrada en determinadas instituciones de representación, sino una medida de equilibrio entre ambos sexos en la conformación de las decisiones. Así, la paridad resulta compatible con el carácter universal de la representación ya que su fundamento no está en otorgar una mínima presencia representativa a la mujer entendida como grupo social de la misma forma que lo sería una persona en función de su raza, su etnia, su religión o su orientación sexual²⁸.

Sin embargo, y asumiendo el planteamiento de base, es indudable la conexión entre paridad y empoderamiento. De hecho de la de la propia Sentencia se desprende que hay una relación con el artículo 9.2 que indica una posible intención de compensar la situación real de desigualdad en el acceso al cargo público de la mujer frente al varón.²⁹

²⁷ ALVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSNA, Rosario. *Derecho Constitucional*, 4º ed. 2014. pág. 284

²⁸ RODRÍGUEZ RUIZ, B Y RUBIO MARÍN, R (2007) “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado democrático” en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 81, septiembre-diciembre, págs. 115-159

²⁹ MARTINEZ ALARCON, M.L (2008). “La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero”. En *Revista de Estudios Políticos* núm. 142, págs. 105-137

V. RECONOCIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN PARITARIA O EQUILIBRADA. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ESPAÑOL ACTUAL

La democracia paritaria en el ámbito internacional es una cuestión que se ha considerado fundamental para avanzar en la igualdad. Inicialmente se reconocen a hombres y mujeres los mismos derechos a la participación en la vida pública y política³⁰. En la Convención sobre los derechos políticos de la mujer (1952), que se aprueba en desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se hace referencia a la creación de condiciones de igualdad para la participación política de las mujeres. Tenemos en cuenta que España no estaba entre los estados firmantes. Sus objetivos son: asegurar el derecho al voto en toda elección. Asegurar la elegibilidad de las mujeres para todo organismo público establecido en la legislación nacional. Asegurar el derecho de toda mujer a ocupar cargos públicos y ejercer las funciones públicas establecidas por la legislación nacional.

Un hito muy importante se produce en 1979 con la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Se trata, como sabemos, del principal instrumento para garantizar la igualdad entre las mujeres y los hombres por ser el primero de carácter amplio que obliga a los Estados Parte a adoptar medidas afirmativas de carácter temporal para promover el adelanto de las mujeres y la igualdad de género³¹.

Además, es preciso tener en cuenta La Declaración de Atenas en 1992, que planteó de manera clara la necesidad de la paridad por primera vez en el sentido de que ninguno de los dos géneros esté representado en el poder en proporción menor del 40 por 100 ni mayor del 60 por 100. Se sentarán las bases

³⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, lo reconoce en su artículo 21, así como La Convención sobre los derechos políticos de las mujeres, de 1952 artículos 1 a 3 (derecho al voto, elegibilidad y derecho de acceso a cargo públicos) Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en el artículo 25.

³¹ En los artículos 4, 7, 8 y 14 se trata cuestiones relacionadas con la igualdad en la participación política.

de las medidas que se adoptarán después en muchos países, entre ellos, en España³².

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, produjo una transformación fundamental al centrar la necesidad de trasladar la atención de las mujeres al concepto de género. El resultado de la conferencia se plasmó en la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción 8, que, entre otras acciones, apela a los gobiernos a adoptar medidas de acción para garantizar un equilibrio en la representación de hombres y mujeres en cargos públicos. Las posteriores revisiones de Beijing +5, +10, +15 y +20 han avanzado en introducir medidas que incorporen políticas públicas con equidad de género para aumentar la participación de las mujeres en política.

También ONU mujeres respalda la participación igualitaria de las mujeres en todos los aspectos de la vida, enfocándose en sus áreas prioritarias, en el incremento del liderazgo y de la participación de las mujeres. Actualmente ONU mujeres es la nueva institución que trabaja desde 2011 de manera específica desde el ámbito de Derechos humanos para la mujer.

Por último, en el ámbito internacional, destacamos el planteamiento y la labor de la Unión Interparlamentaria. que en su plan de acción para los parlamentos sensibles al género³³ señala que un parlamento sensible al género es aquel que responde a las necesidades e intereses tanto de hombres como de mujeres en su composición, estructuras, funcionamiento, métodos y trabajo³⁴.

³² “Habida cuenta de que la igualdad formal e informal entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano, habida cuenta de que las mujeres representan más de la mitad de la población: la democracia exige la paridad en la representación y gobierno de las naciones”

³³ Adoptado por unanimidad por la 127a Asamblea de la UIP (Ciudad de Quebec, 26 de octubre de 2012) Vid. la web de la Unión interparlamentaria. Entre los objetivos fundamentales para la igualdad en el ámbito parlamentario, está incrementar el número de mujeres en el parlamento y lograr la igualdad en la participación. Para ello es preciso llevar a cabo una serie de acciones, de acuerdo con la situación de cada país a través de medidas legislativas, campañas de sensibilización y promoción en los medios de comunicación, entre otros. Pero no solo es importante el aspecto cuantitativo, sino también promocionar las posiciones de liderazgo de las mujeres para lo que se hacen precisas la adopción de medidas que den preferencia a las mujeres sobre los hombres para cargos parlamentarios, participación en comités y demás.

³⁴ SALDAÑA DIAZ M. N. (2014). “La acción de la Unión Interparlamentaria en defensa de la igual participación de las mujeres en los Parlamentos: Alianza de géneros en la esfera política, participación equilibrada y parlamentos sensibles al género” en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Corts Valencianes,. págs. 541a 562.

En la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea supone un paso muy importante al reconocer como objetivo y valor de la Unión la igualdad entre mujeres y hombres, en sus artículos 2 y 3.3 respectivamente. Además, se señala que, en la definición y ejecución de las diversas políticas y acciones de la Unión, se habilita al Consejo para “*adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo...*”. Además, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, del 2000, prohíbe la discriminación por razón de sexo y garantiza la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos³⁵³⁶.

En el ámbito específico de la representación, entre otras, citamos la Resolución núm. 169, de 1988, del Parlamento Europeo, que invitaba a los partidos a establecer cuotas³⁷. O la Recomendación Rec. (2003)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión en los ámbitos político y público adoptada el 12 de marzo de 2003. En los últimos años destaca también la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo 2011(224 INI) sobre la igualdad de mujeres y hombres en la Unión Europea³⁸.

³⁵ La Carta, conocida como Carta de Niza convierte a la igualdad en un principio básico inspirador del la regulación de los derechos fundamentales. Con referencias al principio de igualdad (artículo 20) al principio de no discriminación (artículo 21); al principio de respeto a la diversidad artículo 22); a la proclamación de la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23). Es importante destacar que la propia Carta señala que este principio no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos favorecido, esto es, medidas de acción positivas y discriminación inversa

³⁶ Actualmente Europa desarrolla la “*Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres*” para el período 2016-2020. Se plantea como objetivo el estudio de la adopción de medidas para mejorar el equilibrio entre sexos en la toma de decisiones políticas y prosecución del apoyo a las actividades de los Estados miembros y las autoridades nacionales destinadas a promover el equilibrio entre sexos en los puestos de toma de decisiones públicos y políticos.

³⁷ El hecho de que el llamamiento se hubiera dirigido a los partidos y no a los gobiernos y parlamentos nacionales, fue interpretado como que implicaba la impracticabilidad de la vía de las soluciones legislativas. Fue el caso en Italia, en relación con la Ley núm. 81, (1993), para la elección de concejales en ciertos municipios. Dicha disposición fue impugnada ante la Corte Constitucional, la cual la declaró inconstitucional (sentencia 422, de 12 de septiembre de 1995) con base en tal fundamento. De ahí derivó una reforma de la Ley Constitucional núm. 2 de 2001 con el objeto de permitir una representación equilibrada.

³⁸ Esta Resolución señala, en relación con la insuficiente representación de las mujeres y puestos de responsabilidad, que es preciso el apoyo a campañas e iniciativas que rompan los estereotipos relativos a la escasa eficacia de las mujeres en el trabajo y a su incapacidad para el mando. Entiende que la utilización de cuotas electorales tiene efectos positivos para la representación de las mujeres y acoge favorablemente los sistemas de paridad y cuotas de género integrados en la legislación de Francia, España, Bélgica, Eslovenia, Portugal y Polonia, solicitando a los Estados miembros con una

Desde su aspecto jurídico-constitucional, en España la participación se fundamenta en el principio genérico del artículo 9.2 desde la perspectiva de igualdad real y efectiva en el ámbito de la vida política. Apoyado en este precepto, ha tenido su concreción en la LOI. Pese a su transcendencia, se trata de una cuestión regulada en la disposición adicional (DA1.a) es la que se explicita la obligación que impone la Ley. . *“A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”*. La LOREG se modifica, para añadir un artículo 44 bis con ese contenido.

Destacamos, en lo que se refiere a su ámbito de acción, que se trata de una medida que se aplica a todos los procesos electorales, ya se trate de las elecciones al Congreso, al Senado, al Parlamento europeo, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios o miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas³⁹

En cuanto a su naturaleza, se trata de una norma de mínimos, en la que se permite a las Comunidades Autónomas que, a través de sus leyes electorales , se tomen medidas que refuercen ese contenido básico de la LOREG, de manera que *“favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las .. Asambleas legislativas”*

Por lo tanto, nuestra regulación se concreta en una manera de entender la composición equilibrada que se hace efectiva en la exigencia de que cada uno de los sexos componga un mínimo del cuarenta por ciento de las listas electorales, de titulares y suplentes, de forma que se mantiene esa proporción mínima del 40 por ciento en cada tramo de cinco puestos. Para los casos de las elecciones para el Senado, cuando las candidaturas se agrupen en listas, se trata de que

representación especialmente baja de mujeres en las asambleas de carácter político que se planteen la adopción de medidas equivalentes

³⁹ En la Web del Instituto de la mujer se puede ver la estadística relacionada con la igualdad política en los distintos ámbitos. <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/PoderLegislativo.htm>
Obtenido el 7 de mayo de 2020

éstas tengan una composición lo mas equilibrada posible. También “*Cuando el número de puestos sea inferior a cinco la proporción de mujeres y hombres será la mas cercana posible al equilibrio numérico*”. Lo mismo ocurrirá respecto del último tramo de la lista cuando no alcance el número de cinco.

Por último, se prevén ciertas excepciones, en las que no se aplica la exigencia contenida en el artículo 44.bis LOREG. Los municipios con un número de residentes igual o inferior a los 3.000 habitantes⁴⁰, así como las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes⁴¹. Tales excepciones han sido declarada constitucionales por la STC 12/2008, al conceptuarlas como un instrumento apropiado en relación con las exigencias de proporcionalidad.

Como vemos, de las dos posibles opciones que la realidad nos ofrece, dejar al albur de los partidos políticos la decisión de su sistema de organización interna y que sean ellos quienes de manera voluntaria introduzcan una presencia equilibrada de ambos sexos⁴² o que venga impuesto a través de la Ley, la LOI ha optado, como hemos señalado, por esta segunda opción.⁴³

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en torno a la constitucionalidad del carácter obligatorio de la composición equilibrada en las candidaturas y entiende que su encaje está en el artículo 9.2. en el que el constituyente trata de alcanzar una igualdad real en distintos ámbitos y, en concreto entre ellos, en

⁴⁰ La LOREG recogía una moratoria temporal, ya que, desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 1 de enero de 2011, en las elecciones municipales que se produzcan, el artículo 44 bis sólo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes.

⁴¹ URIBE OTALORA A. (2013). “Las cuotas de género y su aplicación en España: los efectos de la Ley de igualdad (LO 3/2007) en las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos”. *Revista de Estudios Políticos* Núm. 160, págs. 159-197

⁴² Fueron introducidas por primera vez a comienzos de la década de los setenta por varios partidos de izquierda de Europa Occidental y hoy en día, son el tipo de cuotas más comunes en todos los partidos y todas las regiones del mundo, pudiendo coexistir junto con cuotas legislativas a las que, generalmente, han precedido. DELGADO SOTILLOS, I. (2010). “Sistema electoral y representación de las mujeres en el Parlamento. Análisis de los efectos de la Ley de Igualdad en la composición del Congreso de los Diputados tras las elecciones legislativas de 2008” *Revista de Estudios Políticos* núm. 150, págs. 143-174

⁴³ Dentro de la primera opción, reserva de escaños o cuotas legislativas obligatorias en los procesos electorales, como se ha señalado, éstas se utilizan en mayor medida en África, Asia y Medio Oriente, También ha sido utilizado en América Latina, a partir de 1991, por primera vez en Argentina y después de la segunda mitad de los años noventa otros países latinoamericanos aprobaron legislaciones de similares características. Mas de la mitad de ellos tienen hoy cuotas de género. DELGADO SOTILLOS, I (2010) op. cit. .págs. 143-174

el de participación política (STC 12/2008)⁴⁴. En este sentido ha interpretado que se trata de una medida que da efectividad al artículo 14 de la Constitución en el ámbito de la representación política, ya que si bien los hombres y mujeres formalmente son iguales, éstas han estado siempre en la práctica preteridas, con lo que enlaza paridad con discriminación positiva. La idea que apunta el Tribunal y que se ha analizado mas detenidamente por instancias europeas e internacionales, es que la representación equilibrada en la toma de decisiones, y en concreto en este tema de los procesos electorales, es una manifestación de la igualdad real y efectiva porque en la sociedad tanto hombres como mujeres participan tomando decisiones, de tal forma que si la sociedad está dividida en dos sexos, ambas deben estar representadas y decidir las cuestiones claves. En un sentido parecido otros países de nuestro entorno han regulado de manera favorable en favor de la paridad mediante modificaciones constitucionales⁴⁵

VI. ARGUMENTOS Y CRÍTICAS RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN PARITARIA

Son muchas los argumentos a favor de la aplicación de cuotas para lograr la democracia paritaria o equilibrada. Las críticas plantean la conveniencia de utilizar otros mecanismos legales, como el incremento de las subvenciones electorales para los escaños obtenidos por mujeres, o bien la ampliación del tiempo gratuito de espacio publicitario en los medios de comunicación de titularidad publica, para aquellos partidos o agrupaciones que presenten en sus candidaturas una presencia equilibrada de mujeres y hombres. O bien, no

⁴⁴ FIGUERUELO BURRIEZA, A (2008) “Representación política y democracia paritaria (a propósito de la Sentencia del TC 12/2008, de 29 enero). *Revista Europa de Derechos Fundamentales* núm. 12, págs. 211-233. En esta sentencia, salvo un voto particular en sentido contrario, se declara conforme a la Constitución la reforma operada en la LOREG de 1985, de acuerdo con lo dispuesto en la citada LOI por la que se establece un sistema de composición equilibrada. MARTINEZ ALARCON, M.L.(2008) op.cit.. págs. 105-137

⁴⁵ En este sentido vemos el caso francés, en que la ley constitucional 99-569 de 1999 modificó sus artículos 3 y 4, en lo que se trata de favorecer el acceso igualitario de mujeres y hombres en relación a mandatos electorales y de la función de los partidos políticos en la puesta en marcha de estas medidas. A propósito de la reforma, SÁNCHEZ NAVARRO, A (1999) “Actualidad constitucional francesa” en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3,, págs. 242-244. Tras la modificación de la Constitución, la paridad se aplica con la ley de 6 de junio del 2000

El ordenamiento italiano también modificó su constitución, mediante Leyes constitucionales de 17 de julio de 2000, 18 de octubre de 2001 y 30 de mayo de 2003, para establecer la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, por referirnos a algunos ejemplos.

aplicar ninguno de esos mecanismos y dejar que sean los partidos los que decidan libremente la composición de sus listas.

La LOI, como hemos visto, optó por la imposición de listas equilibradas. Veamos a continuación cuáles han sido los argumentos más frecuentes contra esta toma de postura.

En primer lugar, se ha considerado que incluir una medida que introduzca una variación en la evolución positiva de la situación, tal y como hemos descrito, minusvalora la posición que ya ha obtenido la mujer en este campo y el efecto de la Ley no compensaría lo que añade en participación con el siempre inevitable efecto negativo de este tipo de actuaciones.

Si bien encontramos que es preciso actuar con cautela para evitar que estas medidas produzcan un efecto distinto del deseado, compartimos la idea de que la composición equilibrada tal y como se prevé en nuestro sistema equivale a asegurar la presencia tanto de unos como de otros en un porcentaje. De ahí, que *en caso de haber “mujeres cuota”, también hay hombres cuota, o que tan cuota son unos como las otras, desde la correcta filosofía que inspira la norma. Lo que ayuda a que el sentido peyorativo para la expresión, que en todo caso habría de resultar aplicable a cualquiera de los dos sexos, se neutraliza además con la destrucción del mito de las llamadas “mujeres cuotas”*⁴⁶. Esta es la posición del Tribunal Constitucional (STC 12/2008) al afirmar que la configuración bidireccional de la medida, con unos porcentajes aplicables a ambos sexos ni favorece a uno o a otro, ni supone un trato peyorativo para ninguno de ellos.

Una segunda cuestión tiene que ver con la compatibilidad de la composición equilibrada de las candidaturas con el contenido del artículo 6 de la Constitución española, que exige que la organización y funcionamiento de los partidos políticos sean democráticos y con el derecho de asociación sobre el que se basa la existencia misma del partido. Es decir, los partidos políticos, como

⁴⁶ TUR AUSINA, R. (2014) “Los mitos de la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones” en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Corts Valencianes, págs. 671 a 684.

sabemos, son asociaciones que cumplen una función pública, por lo que su protección se lleva a cabo a través del régimen propio del derecho de asociación. La pregunta es si supone una limitación justificada aquella que obliga a los partidos a presentar listas paritarias.

Dejando a un lado la problemática de la democracia interna de los partidos y su grado de cumplimiento, y dentro de una posición exclusivamente teórica,⁴⁷ podemos entender que, en realidad, no se está limitando el derecho sino que se están imponiendo ciertas condiciones a su ejercicio. La cuestión sería entonces, en todo caso, si el sexo puede ser tenido en cuenta como criterio de elegibilidad.

Volviendo a la cuestión, si nos atenemos a la tesis planteada por el Tribunal Constitucional, de que la paridad, tal y como hemos apuntado, no es un equivalente a discriminación positiva porque su pretensión es de imparcialidad, no pretende favorecer⁴⁸, aunque de hecho lo haga, nos preguntamos si la democracia supone la capacidad de decidir por mayorías sin tener en cuenta otros criterios y limitaciones o, al contrario, si es la democracia la que responde a un principio de igualdad real. Y sin duda el concepto de democracia debe ser interpretado de una manera amplia y coherente con la concepción de Estado como Estado social y democrático de derecho. De manera que, a nuestro entender, sí son admisibles tales limitaciones, siempre que se asocien paridad y democracia. Lo que es una consecuencia lógica de reconocer una mayor legitimidad democrática a sistemas paritarios⁴⁹.

⁴⁷ Es evidente que la práctica nos lleva a saber que no hay una actuación realmente democrática a la hora de seleccionar a los candidatos en la gran mayoría de los partidos, que no actúan de acuerdo con el principio de democracia interna sino según el funcionamiento oligárquico de las élites, y que hay una nula influencia de las bases en la determinación de las líneas de actuación del partido. Sin embargo, el problema principal para la democracia interna de los partidos no viene tanto de las previsiones estatutarias cuanto de la práctica de la ignorancia o de la desnaturalización de los elementos participativos que de acuerdo con la Constitución y la ley deben recogerse en los estatutos de los partidos. Es muy complicado saber en qué casos la organización o las actividades de un partido son contrarias a los principios democráticos. De ahí que en la práctica se traduce en un control formal de los requisitos legales que de acuerdo con la ley se hacen constar en los estatutos, y no en su cumplimiento efectivo PEREZ-UGENA, María, “El papel actual de los partidos políticos. Consecuencias para el modelo de financiación. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, págs. 383-411

⁴⁸ VALCÁRCEL, A (2012), op. cit. 159-160

⁴⁹ Compartimos el criterio de que la paridad sí que afecta a la libertad de organización de los partidos. Lo que ocurre es que es preciso un test de proporcionalidad en el que se valoren los beneficios de la paridad. MARTINEZ ALARCON, M.L (2008) op. cit. págs. 105-137 Sin embargo, no compartimos la conclusión. “*Las afectaciones que impone la medida en el derecho fundamental de la asociación política, y a su través en el valor del pluralismo político, son tan relevantes que, en mi opinión, permiten concluir*

En tercer lugar, se alega además la vulneración del artículo 23 CE. Se trata de un tema debatido, de hecho, el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de la LOI así como en los que se hacen sobre las llamadas “leyes cremalleras” de las Comunidades Autónomas en las que se había propuesto esta medida, plantea sus dudas sobre una posible vulneración del derecho de sufragio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en STC 12/2008 a la que nos hemos referido, señala a este respecto que, en todo caso, los partidos y agrupaciones de electores no son titulares de este derecho del derecho de sufragio del artículo 23 CE. Y en este caso no se trata de una condición de elegibilidad ni de una condición de inelegibilidad, por lo que no afecta al derecho de sufragio pasivo individual.

También, desde otra perspectiva, se ha entendido, que se trata de una medida *que se utiliza en el momento de la confección de las listas de los candidatos, una actividad preparatoria precisa para la obtención de la condición de candidato pero que tiene lugar con anterioridad a su proclamación como candidato, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*⁵⁰

Además, en relación con esta cuestión, se ha apuntado que estamos ante un derecho de configuración legal, de acuerdo con lo que establece el propio artículo 23 en su párrafo segundo. De manera que el legislador será quien delimite su contenido con el límite impuesto por la propia constitución del contenido esencial del Derecho⁵¹

con la desproporción y consiguiente inconstitucionalidad de la medida” sino que entendemos que se trata de un coste asumible porque si bien es cierto que se imponen ciertas limitaciones a los partidos políticos, también lo es que éstos ejercen una función pública que lo permite dentro de unos límites, no sobrepasados, a nuestro entender, en este caso, puesto que en la otra parte de la balanza estaría el efecto directo-inmediato de visibilización así como todo lo que supone en dotar de mayor legitimidad a nuestra Democracia. De cualquier forma, es evidente que cualquier decisión acerca de si una medida de este tipo está o no suficientemente justificada es una cuestión que enlaza con aspectos mas propios del orden filosófico que jurídico.

⁵⁰ En opinión de MARTINEZ ALARCON, M.L.(2008) op. cit.. “págs. 105-137. Señala la autora que todavía no se puede hablar de la titularidad del derecho fundamental del sufragio pasivo de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional SSSTC 78/1987, de 26 de mayo; 36/1990, de 1 de marzo; 30/1993, de 25 de enero, porque según dicha jurisprudencia, el ciudadano que aspira a ser incluido en las listas electorales no es titular del derecho del sufragio pasivo antes de ser proclamado candidato, sino que sólo es portador de meras expectativas de ser incluido en dichas listas .

⁵¹ SALAZAR BENITEZ, O (2000) “Las cuotas femeninas en cuanto exigencia de la igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos” en *Revista de derecho Político* núm. 48-49, págs. 411-453

También se ha hecho referencia a la distinción entre igualdad de oportunidades e igual de resultados. Esta distinción se ha utilizado para entender que en el ámbito de la representación la igualdad de oportunidades que puede suponer una cuota se convierte en igualdad de resultados en los casos en que se trate de listas cerradas y bloqueadas. Este argumento ha sido debatido desde la idea de que *“es el carácter cerrado de las listas electorales el responsable de que la oportunidad se transforme en resultado, coartando las posibilidades del electorado de modular el paso de la primera al segundo —como por lo demás coartan cualquier otra posibilidad del electorado de modular el sentido de su voto”*⁵²

Por último, otra de las crítica mas recurrentes a las listas paritarias o equilibradas se fundamenta en que la individualidad del pueblo, que no debe dividirse en grupos o categorías, por lo que es incompatible con la paridad⁵³. La idea sería que este tipo de medidas no encajan con un modelo de representación que se sustenta sobre el principio de generalidad y nos puede llevar a una forma de democracia corporativa en las que se representen intereses de grupo y no los generales.

La respuesta a esta cuestión viene dada por la naturaleza de la representación. Esto es, si la mujer fuera a defender de manera específica los intereses de las mujeres y no los generales, sí podríamos entender que se rompe un principio fundamental en la concepción de la teoría de la representación. Sin embargo, con las listas paritarias no se pretende que haya un voto separado de los hombres y las mujeres, de manera que cada uno elija a sus representantes, de

⁵² RODRÍGUEZ RUIZ, B Y RUBIO MARÍN, R (2007) op. cit. págs. 115-159

⁵³ En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado francés, en su Decisión n.º 82-146, de 18 de noviembre de 1982 en relación con un proyecto anterior a la ley actual, asumió esa postura al entender que el cuerpo político es indivisible y no admite categorías de electores o elegibles. *“Concepto abstracto ligado a la existencia del cuerpo político, el ciudadano es un componente elemental cuya intercambiabilidad garantiza, con la homogeneidad perfecta de dicho cuerpo, la indivisibilidad de la soberanía de la que es titular. La cualidad que se le atribuye... no podría ser desmembrada por cualquier diferenciación en categorías cuya sola existencia conllevaría un ataque a la esencia misma del concepto y a lo que está destinado a representar y garantizar”* Véase el comentario de Véase al respecto el comentario de FAVOREU L (1997), “Principio de Igualdad y Representación Política de las Mujeres. Cuotas, paridad y Constitución” en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 50. págs. 13 a 28. Sin embargo, en el año 2000 el Consejo Constitucional asume una visión distinta de la indivisibilidad que permite establecer la opción al legislador.

acuerdo con la categoría o grupo al que pertenezca. Al contrario, no se reconoce una representación separada para hombres y mujeres⁵⁴.

Lo que sí es su objetivo, es que el reparto del poder por razón de género no conlleve una división de tal poder que suponga que éste no se atribuya de manera total o claramente superior a uno de los sexos, -el masculino en la práctica- en detrimento de una subrepresentación de la mujer⁵⁵⁵⁶. Es la tesis asumida por el Tribunal Constitucional en la STC 12/2008 al señalar que no hay violación del artículo 23.1 CE porque el principio de presencia equilibrada no establece categorías de ciudadanos y no supone fragmentar el cuerpo electoral.

De esta forma, como se ha señalado, la paridad no implica una fragmentación en colectivos definidos en base a la raza, la religión, la edad o las afinidades sexuales. Sino que el sexo *“tiene naturaleza transversal, por ser inmutable, no contingente, o, como también se dice, la prima divisio, la diferencia universal, por ser la única indisociable a la noción misma de persona. Las mujeres no son un grupo, o una minoría, sino la mitad de la población. El ciudadano no es un ente abstracto y universal, sino necesariamente un ser sexuado. La paridad no es pues más que la forma de expresión política de que la humanidad se compone de dos mitades sexuadas y por lo tanto sus órganos representativos lo deben ser igualmente para ser democráticamente legítimos”*⁵⁷.

Por último, añadimos que, de acuerdo con el último informe de la Unión Interparlamentaria, las mujeres obtuvieron un poco más del 30 por ciento de los escaños en 24 cámaras (en 21 países) donde se emplean las cuotas, en comparación con el 15.4% de los escaños en 19 cámaras (en 16 países) donde no se emplean ninguna cuota electoral del género.

⁵⁴ RODRÍGUEZ RUIZ, B Y RUBIO MARÍN, R (2007)“ op. cit. págs. 115-159

⁵⁵ MARTINEZ SAMPERE, E (2000) “ Legitimidad de la democracia paritaria” *Revista de Estudios Políticos* núm. 107. 2000. págs. 107 y ss.

⁵⁶ TUR AUSINA, R. (2014) op. cit. “. págs. 671 a 684. Argumenta que *“la sociedad es biológicamente sexuada y sin que además pueda señalarse que estamos ante una categorización más de las personas..., tratándose más bien de la división básica, pues el sexo trasciende y se hace presente en todas las categorías humanas. Y por ello ha de estar, hacerse visible, y ser considerado al máximo nivel de gobierno”*

⁵⁷ RODRÍGUEZ RUIZ, B Y RUBIO MARÍN, R (2007) op. cit. págs. 115-159

VII. VALORACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL

La última de las cuestiones que nos planteamos, además de su fundamentación a la que nos hemos referido, es la eficacia real del sistema actual establecido por la LOI⁵⁸, para lo que es preciso tener en cuenta, además de las posibles medidas⁵⁹, en la práctica, los porcentajes de participación de la mujer en la vida política antes de la existencia de la dicha Ley, y los cambios producidos⁶⁰.

De una parte, una de las opciones es la reserva de un número de escaños para mujeres. La otra, que es la más habitual, consiste en que las cuotas vengan establecidas por los partidos. De manera que en sus listas de candidatos para ser electos deben aparecer un número determinado de mujeres o un número en un orden concreto.

Podemos definir la situación de partida en España de la siguiente forma: A finales de los 80 algunos estatutos de partidos incluyen la obligación de reservar un porcentaje que fue inicialmente de un 25% para llegar al 60/40% en 1997. En España, las mujeres, en el momento de aprobarse la Ley de igualdad constituyen un 36% de los Diputados y un 37% en los Parlamentos autonómicos y ocupan el quinto lugar entre los 25 Estados miembros en el porcentaje de mujeres en las Cámaras bajas o únicas. En esta lista sólo Suecia supera el umbral del 40% y sólo Dinamarca, Finlandia y Holanda están muy levemente por encima del porcentaje español. Pero quizá no sea lo más interesante el

⁵⁸ A estos efectos es un referente el fracaso inicial de la medida en Bélgica, que con la Ley de 1994, al no establecer el orden en el que debían incluirse las candidatas en las listas ni reconocer sanción alguna para el partido que incumpliera la norma, obtuvo resultados negativos. Si bien con posterioridad se aprueba en 2002 otra ley que contemplaba nuevas fórmulas y cuyos resultados se apreciaron tras las elecciones legislativas de 2007. DELGADO SOTILLOS, I. (2010), op. cit. págs. 143-174

⁵⁹ Se han realizado estudios sobre la relación entre sistemas electorales proporcionales e incremento de mujeres electas que indican que éstos favorecen en mayor medida que los mayoritarios el acceso a los cargos representativos a las mujeres. Así como respecto de las listas abiertas/cerradas, sin que esté claro en cual de ellos funciona mejor la legislación de cuotas. Si bien, las listas cerradas pueden ofrecer más garantías. En lo que se refiere por último al tamaño del distrito electoral, se ha señalado que cuanto mayor es el tamaño, menor es el umbral que las mujeres han de superar para ser elegidas.. En DELGADO SOTILLOS, I (2010). op. cit “págs. 143-174

⁶⁰ Véase el análisis que hace URIBE OTALORA A (2013) op.cit. págs. 159-197. Tal y como señala la propia autora, “*se analizan los datos desde un punto de vista cuantitativo, atendiendo a la evolución del número de mujeres en las Cámaras de representación; y desde una óptica cualitativa, valorando el comportamiento político de los principales partidos, los elementos clave del sistema electoral y el diseño de la cuota*”.

porcentaje en sí, sino la evolución. Si en el año 1977 solo un 6% de mujeres accedieron al Congreso, el cambio se produce a partir de 1993, con un 15%; 1996, 22%; 2000, 28%; hasta el 36% en el 2004.⁶¹ En diez años la participación en el Congreso se ha duplicado y supone un claro avance hacia la paridad. Y esto ha sido fruto de la decisión de los partidos y previo a la aprobación de la LOI. Con posterioridad, incluso en 2011, después de aprobada la LOI, el porcentaje de mujeres seguía siendo aún del 36%. Actualmente, ha llegado al 44% en el Congreso.

En el Senado, en cambio, había 66 mujeres en 2008, frente a las 54 de la anterior Legislatura, pasando de un porcentaje de 25,96 por ciento en 2004 a un 31,7 por ciento en 2008. El último dato sobre el Senado es del 39,42. De manera que en la Cámara Alta la evolución si ha sido clara a partir de las medidas de cuota de la LOI.

Las medidas tomadas en relación a las Asambleas autonómicas han tenido un efecto positivo. Si las Diputadas Autonómicas eran un 30%, en términos medios, con posterioridad a la entrada en vigor se eleva al 41% en el año 2008, y supera los mínimos previstos en la LOI al llegar hasta el 42% en el año 2010. Actualmente el porcentaje es casi de equilibrio con 46.19%.⁶² Si bien es necesario precisar que las leyes autonómicas en este sentido han sido las que de manera general, han producido una aumento, especialmente en las Comunidades Autónomas en las que se prevén listas cremallera⁶³.

⁶¹2011-20015: 36,00%; 2008-2011: 36,29%; 2004-2008 36,00% 2000-2004 28,29%; 1996-2000 22,00%; 1993-1996 15,71%; 1989-1993 12,86%; 1986-1989 6,29%; 1982-1986 4,57%. Datos del Congreso de los Diputados. Fuente. Instituto de la mujer. <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/PoderLegislativo.htm> Obtenido el 7 de mayo de 2020

⁶² <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/PoderLegislativo.htm> obtenido el 14 de abril de 2020

⁶³Baleares, Castilla La Mancha, Andalucía. la Ley 6/2002, de 21 de junio, aprobada en Baleares fue la primera adoptada para modificar su ley electoral con objeto de garantizar la paridad electoral, concretamente modificando el artículo 16.4 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/1986, de 26 de noviembre, para establecer las listas cremallera. Castilla La Mancha la Ley 11/2002, de 27 de junio, añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla La Mancha, que obligaba a los partidos políticos y demás agrupaciones electorales a confeccionar listas alternados hombres y mujeres de forma que los de un sexo ocupen los puestos pares y los del otro los impares. En Andalucía, el artículo 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por el que se modifica el artículo 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, incluyó las listas cremallera. Véase al respecto: RIBE OTALORA A (2013). op. cit. págs. 159-197.

Insistimos en este último tema: la lista cremallera. Se refiere a aquellos sistemas en los que se presenten a candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa. Nuestro régimen electoral, como hemos visto, no ha optado por ellas de manera general, pero ha incluido una exigencia de la proporción cuarenta-sesenta en cada cinco puestos. Sin embargo, su efecto es mucho menor, especialmente en las circunscripciones pequeñas.

En lo que se refiere al método para garantizar las exigencias establecidas e la LOREG, quizá la cuestión mas relevante para lograr su efectivo cumplimiento es que la candidatura que no cumpla con las proporciones legales en sus listas quedará excluida de la participación en las elecciones. Como se ha señalado, frente a otras posibles opciones, como por ejemplo las relacionadas con la financiación electoral o la presencia en los medios de comunicación pública, en nuestro caso, se impide la participación de la contienda, lo que supone la opción mas contundente⁶⁴.

Por último, además de la cuestión puramente numérica, debemos preguntarnos por la posición real de poder de las mujeres en relación con la participación política. Esta depende del diseño de la cuota, para lo que resulta definitivo que sea cremallera, así como de la voluntad de los partidos.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El marco conceptual de referencia en el que encuadrar el análisis efectuado en el presente artículo es la construcción de género, entendida no como un mero valor filosófico o una mera guía referencial, sino como una categoría con un contenido concreto, que consiste en el refuerzo de los derechos reales de las mujeres en la sociedad de hoy. Para lograrlo, para obtener resultados, se reclaman disposiciones legales, medidas normativas, planes educativos y campañas de concienciación ciudadana. En este contexto, en este marco, la paridad o la toma de medidas para lograr la participación política

⁶⁴ MARTINEZ ALARCON, M. (2008) op. cit. págs. 105-137

equilibrada, constituyen un instrumento mas, de importancia singular si se quiere, con la finalidad de lograr que ha venido a denominarse el “empoderamiento”.

SEGUNDA. La historia del sufragismo, que arranca de la Ilustración, nos muestra la evidencia de un hecho de difícil contestación: la exclusión de la mujer de la participación política. Al día de hoy, la exclusión, aunque no plena, pero si parcial, subsiste en nuestras sociedades, si bien instrumentada de manera mas sutil, menos grosera y evidente. No obstante, es cierto que la tendencia de fondo ha cambiado durante los últimos años de una manera muy positiva en nuestro entorno. En las sociedades occidentales de hoy se ha conseguido algo de importancia capital: un proceso evolutivo de la toma de conciencia de la necesidad de una igualdad política entre hombre y mujer, proceso en el que se ha transitado de una mera política de cuotas, propia de los años setenta del pasado siglo, a la plena igualdad política, cuya fundamentación teórica, como se ha razonado en el texto, es de sustancia argumental diferente.

TERCERA. En el sendero a recorrer para el logro de la igualdad política, hemos de admitir que existe una clara conexión entre paridad y la llamada discriminación positiva. La paridad no se considera una medida de acción positiva, sino que dispone de una fundamentación diferente. Pero ello no es obstáculo para afirmar que la mera igualdad formal no es anclaje suficiente para su consecución, por lo que hemos de buscar soportes mas eficaces, y la vía nos la ofrece en artículo 9.2 de la Constitución, o, incluso, el propio artículo 14, si somos capaces de mantener, de sustentar conceptualmente una interpretación, una hermenéutica amplia e integradora de su contenido.

CUARTA. Hemos analizado las críticas doctrinales a la posición que sustentamos, y admitimos que algunas tienen mayor fundamento que otras. Hay posicionamientos obvios, como, por ejemplo, que la imposición de la paridad implica, ente otras cosas, una limitación a la libertad de los partidos políticos. Así es, en tanto en cuanto que impone un marco normativo de alcance imperativo. Pero esta limitación no excluye su viabilidad doctrinal, esto es, no

elimina su conveniencia en el plano de la convivencia, conveniencia que transita desde lo meramente político a lo constitucionalmente admisible, tal y como ha recordado nuestro Tribunal Constitucional.

QUINTA. En este artículo nos hemos concentrado en el análisis de la realidad en nuestro país, en España. Hemos considerado las distintas opciones y hemos llegado a una conclusión: la llamada participación equilibrada es una fórmula de compromiso que, de hecho, vista su dimensión fáctica, no resuelve la cuestión planteada. Admitimos que su fundamento teórico no es rechazable. Al contrario, puede ser admitido como conceptualmente válido, pero trasladándonos al terreno empírico de los hechos, la constatación es evidente: es una limitación al ejercicio del derecho de asociación.

En España, los partidos políticos han asumido, con carácter general, la política de cuotas como una estrategia electoral, pero muy posiblemente esta conducta sea debida, no tanto a un intento de profundizar en nuestra democracia política, sino a algo mas inmediato, de menor sustancia dogmática, mas empírico y pegado al terreno de su actuación: el deseo de captar votos para alcanzar o mantener el poder.

Al margen de sus estrategias electorales concretas, en otros casos la asunción de esa política deriva directamente del carácter imperativo de la norma jurídica que la impone. Con ello queremos evidenciar que no resulta clara la voluntad política real en su actuación en este terreno, voluntad política que viene sustituida o por la conveniencia puramente electoral o por la imperatividad normativa, y, entre otras cosas, se demuestra con la estrategia de situar a la mujer en los espacios públicos con menor poder real, como por ejemplo, incluirlas en las listas electorales, pero en sus tramos finales dentro de cada grupo de cinco, de acuerdo con la exigencia legal, en los que la posibilidad de resultar elegida, y, en consecuencia, acceder al gobierno de la cosa pública, disminuye inevitablemente. Y cuando de primeros puestos se trata, los localizamos mas intensamente en las listas para el Senado y el Parlamento Europeo, que para el Congreso de los Diputados, con las diferencias en términos de “empoderamiento” que ello implica. De manera general, los partidos han

cumplido con la normativa pero calculando los efectos que produciría en cada distrito. El resultado ha sido desigual pero en todo caso no ha incrementado la cifra anterior a la aprobación de la LOI. ART

LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN ESPAÑA Y EUROPA

THE MANAGEMENT OF TEMPORARY DISABILITY IN SPAIN AND EUROPE

Carlos José Martínez Mateo
*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Acreditado contratado doctor)
Universidad de Almería*

Fecha de recepción: 17/05/2020
Fecha de aceptación: 30/05/2020

RESUMEN: La Incapacidad Temporal por contingencia común del trabajo autónomo es una situación no deseable, que impide al trabajador realizar su función o actividad laboral. El tratamiento que ofrecen países como España es considerado eficaz, pues no sólo va dirigido a reparar un daño físico/psíquico al trabajador, sino que, además le dota de ingresos económicos al no poder desempeñar su trabajo. En contraste, en algunos países del territorio europeo queda un largo camino para que sus trabajadores consigan este tratamiento, aunque en España a pesar de los esfuerzos del legislador aun también queda por superar las contingencias derivadas de la pandemia COVID 19.

ABSTRACT: Temporary Tncapacity due to the Common Contingency of self-employment is an undesirable situation, which prevents the worker from performing his or her job function or activity. The treatment offered by countries such as Spain is considered effective because it is not only aimed at repairing physical / psychological damage to the worker, but also provides them with economic income by not being able to perform their job. In contrast, in some countries of the European territory there is a long way for their workers to obtain this treatment, although in Spain, despite the efforts of the legislator, the contingencies derived from the COVID 19 pandemic still remain to be overcome.

PALABRAS CLAVE: Incapacidad temporal, contingencia común, trabajador autónomo, COVID-19

KEYWORDS: Temporary disability, common contingency, self-employed, COVID-19

SUMARIO: 1. La gestión de la incapacidad temporal del trabajador autónomo en España. 1.1 Afiliación del trabajador por cuenta propia y sistemas de protección. 1.2. Determinación de la cuantía. 1.3. Comunicación al sistema de seguridad social. 2. Régimen comparado de la gestión de la incapacidad temporal en Europa. 2.1. Afiliación y sistemas de protección. 2.1.1. Afiliación de los trabajadores autónomos a sistemas de protección económica por incapacidad temporal. 2.1.2. Particularidades de las instituciones gestoras de la protección y la participación de las mutuas. 2.1.3. Los modelos europeos de mayor singularidad en la colaboración en la gestión de la etc.: los países centroeuropeos y de influencia germánica. 2.1.4. Inglaterra y Alemania: Países cuya cobertura de ITCC proviene de una organización distinta a la sanitaria. 2.1.5. Excepciones a la regla europea. 3. ¿Es asimilable la incapacidad temporal por contingencia común a la ocasionada por COVID 19? el caso de España?. 3.1 el tratamiento inicial y su encuadramiento en la enfermedad común. 3.2. La situación COVID-19 como accidente de trabajo.

1. LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO.

La incapacidad temporal se traduce en su concepto como “una alteración de la salud que se presenta con tal intensidad que provoca la imposibilidad temporal de trabajar” siendo causada por un accidente o enfermedad, la cual puede tener un origen profesional o no¹.

Según el Art. 169 a) LGSS 2015, “Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

En todo caso, para su mejoría y recuperación, se hará necesario que el trabajador/a en los términos del citado artículo, se someta a un estudio médico a efectos de un diagnóstico de su dolencia², además de una serie de cuidados médicos que vendrán también comprendidos dentro de la asistencia sanitaria. El trabajador será beneficiario de una prestación se presume transitoria estableciéndose además un límite máximo a la duración.

Aunque con algunas particularidades, en España, los trabajadores autónomos tienen reconocidas las mismas coberturas y prestaciones por incapacidad temporal que los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social, gracias al Artículo 41 C.E el cual señala que:

¹ Además, el concepto de Incapacidad Temporal está construido sobre la base de tres elementos que se deducen directamente del artículo 169 de la ley General de la Seguridad Social:

1º Alteración de la salud

2º Impedimento para trabajar

3º Percepción de la prestación de asistencia sanitaria. Véase: GORELLI HERNÁNDEZ, VAL TENA y VVAA. Lecciones de Seguridad Social. Tecnos. 2019.P.187

² Vid Artículo 169.1.b) LGSS 2015

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

En cuanto a gestión de la prestación, el 1 de enero entró en vigor el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y empleo. Esta norma dispuso que, desde el 1 de enero, los autónomos que cubrían sus prestaciones con el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) salvo ciertos colectivos³, tenían la obligación de hacerlo con una mutua de accidentes de trabajo⁴

1.1 LA PERCEPCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIA COMÚN

La Incapacidad Temporal ocasiona no sólo un daño físico/psíquico al trabajador/a, sino que, además le priva de ingresos económicos al no poder desempeñar su trabajo.

Es aquí donde la prestación viene a ofrecer ese “papel sustitutivo” con el objetivo de evitar situaciones de empobrecimiento mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y cuya duración máxima será de 12 meses, prorrogables por otros 6.

Para tener acceso a este derecho, el trabajador deberá acreditar un determinado periodo de cotización por incapacidad temporal por contingencias comunes o ITCC, que tuvo que ser “escogido”⁵ a la hora de darse de alta en el RETA o Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

Como requisito para acceder a las prestaciones por enfermedad común, será necesario que el trabajador esté en situación de alta o asimilada y haber cotizado un mínimo de 180 días en los últimos 5 años. Además, será necesario estar al corriente de las cuotas. Esto últimos requisitos no son necesarios en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

³ Dichas excepciones venían referidas a los colectivos de:

1º-Trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Mar

2º-Socios de cooperativas, integrados en el RETA

3º-Autónomos que cotizan por tarifa plana: no están obligados a cubrir la prestación por cese de actividad.

4º-Autónomos con 65 años de edad y 38 años y seis meses cotizados o 67 años de edad y 37 de cotización

⁴ Esta obligatoriedad de cobertura, también, se amplió a la contingencia profesional y al cese de actividad.

⁵ Se emplea este término pues la cotización por contingencias comunes es simplemente opcional para aquellos autónomos en situación de pluriactividad y que a su vez coticen en otro régimen de la Seguridad Social, así como para trabajadores incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

1.2. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Para poder determinar la cuantía de la prestación que obtendrá el trabajador/a, se partirá de una sencilla regla matemática donde el resultado se obtiene aplicando los porcentajes siguientes a la base reguladora que es la base de cotización del trabajador autónomo correspondiente al mes anterior al de la baja médica y dividida entre 30.

-Si el trabajador sufre una enfermedad común o accidente no laboral se aplicará el 60% desde el día 4 al 20 de la baja, y a partir del día 21 de la baja, se aplicará el 75%

Es importante señalar que el trabajador por cuenta propia, deberá seguir cotizando en el régimen especial de autónomos al que está adscrito durante el periodo de baja por Incapacidad temporal.

Desde el pasado año (2019), se incluyó una novedad donde, el trabajador sería ayudado por la Mutua a partir del segundo mes de baja el beneficiario de la prestación haciendo esta frente al abono obligatorio de la cuota de autónomos hasta la recuperación completa del trabajador o fin de la baja.

En nuestro país, en la práctica, debido a la enorme presión de medidas fiscales y pago de cotizaciones al Sistema Seguridad Social, los autónomos de las PYMES, debido a sus bajos ingresos, optan por cotizar por la base mínima las prestaciones por incapacidad temporal y quienes pueden, complementan la misma con algún tipo de seguro privado que les cubra en caso de baja laboral.

1.3. COMUNICACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Una de las obligaciones de mayor importancia que deber llevar a cabo el autónomo es la de notificar al Sistema de Seguridad Social la baja y la situación en que queda su actividad, donde deberá hacer constar quién va a sustituirle en la gestión del negocio o en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad. Para ello, cuenta con un plazo de 15 días siguientes a la fecha de la baja. Además, y mientras dure la situación de IT, el trabajador tendrá que presentar esta declaración cada seis meses si le es requerido. La no presentación de la declaración en plazo máximo conllevará la suspensión del pago de la prestación⁶.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 35/2014⁷, cambiaron ciertas condiciones.

⁶ Rescatado de: <https://www.infoautonomos.com/seguridad-social/la-baja-laboral-del-autonomo-prestacion-por-incapacidad-temporal/>

⁷ Ley 35/2014 de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

El médico tendrá cinco días para contestar a las propuestas de alta “justificadas” que hagan las mutuas que, de no cumplirse ese plazo, podrán recurrir a la Inspección médica.

Por otra parte, si el beneficiario, requiriese una baja médica por la contingencia común y por el reconocimiento médico, se dedujese que el cuadro clínico, síntomas y evolución de la dolencia fueron la causa de una contingencia profesional (habiéndose ya emitido una alta médica), el Servicio Público de Salud, será el que deba realizar dos comunicaciones:

1º Al trabajador sobre la posibilidad de iniciar, este procedimiento especial de revisión

2º A la Entidad gestora competente sobre la existencia de dos procesos distintos de IT que pudieran estar relacionados⁸.

2. RÉGIMEN COMPARADO DE LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EUROPA POR CONTINGENCIAS COMUNES.

2.1. AFILIACIÓN Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN

2.1.1. AFILIACIÓN DE LOS AUTÓNOMOS EN EUROPA A SISTEMAS DE PROTECCIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES.

Una vez visto qué tratamiento se ofrece en España y sus limitadas mutuas⁹ al trabajador autónomo cuando sufre una contingencia común, sometamos esta cuestión al entorno de resto países de Europa.

Llegados a este punto, la prestación por incapacidad temporal en ellos no es una cuestión de idéntico tratamiento, pues existe un número muy reducido de países que excluyen a los trabajadores por cuenta propia de afiliarse a algún sistema de protección económica por Incapacidad temporal por contingencias comunes ITCC, ya sea el general para los asalariados, que es lo más común, o uno o varios específicos para este tipo de trabajadores. La afiliación es voluntaria en países como Polonia, República Checa, Lituania, Polonia, Bulgaria, y Suiza, que posee un singular sistema de protección sanitaria que lo asimila a un seguro de prima-riesgo. En otros países del área occidental de

⁸ Véase: MARTÍNEZ MATEO C.J. “Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social”. Tesis doctoral (Dir.tes) Juan Antonio Maldonado Molina. En:

<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47980/26763667.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. P.260

⁹ Se adjetivan a las mutuas de esta forma, pues la colaboración en la gestión que practican no alcanza a todas las contingencias y prestaciones del Sistema de Seguridad Social, sino sólo a algunas, es por ello que no se extiende a éstas, “todas las facultades de gestión y control, asumiendo las Entidades Gestoras públicas, con carácter general y en último término, las facultades más relevantes de reconocimiento y control de las contingencias y prestaciones, y la responsabilidad en la dispensación o abono de éstas, también cuando son objeto de colaboración”. En este sentido, véanse SSTs (Social) de 26 de enero de 1998 (recursos 548/1997 y 1730/1997), 8 de febrero de 2007 (recurso 4429/2005), y 26 de septiembre 2007 (recurso 390/2006).

Europa como Grecia e Italia no existe una cobertura pública eficaz a la que puedan acogerse los trabajadores para percibir algún tipo de ingreso en caso de enfermedad común.

2.1.2. PARTICULARIDADES DE LAS INSTITUCIONES GESTORAS DE LA PROTECCIÓN Y LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUTUAS.

Para los trabajadores por cuenta propia, es común el tratamiento que se le da en Europa a sus situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes dentro del sistema de prestaciones de la Seguridad Social (SS).

Administrativamente la única diferencia en cada país, viene dada por el organismo gestor de la prestación de los servicios correspondientes. La regla general es que, en la Europa de los 27, (ex 28) sea un ministerio, o tal vez varios como es el caso de los países mediterráneos o de la Europa del Este, donde la responsabilidad queda distribuida en los Ministerios de Salud, y/o cualesquiera otras entidades públicas. En todos estos países, existen grados diversos de autonomía con respecto al resto del aparato público para llevar a cabo las tareas sanitarias y de compensación salarial propias del esquema de protección por ITCC.

Existen países, como por ejemplo Alemania, donde la prestación está directamente asociada al seguro médico general; o bien otros, donde esta prestación es acogida abiertamente por el conjunto de la Seguridad Social (como sucede con Bulgaria); y existen otros sistemas donde la prestación tiene una financiación tarifada de manera común, siendo realizada su prestación por otros, según se trate de la prestación sanitaria o de la compensatoria, como resulta en el caso de España.

Los niveles de descentralización de la prestación son igualmente diversos. Por ejemplo, en Polonia, Dinamarca, o Noruega quienes realizan los pagos de las prestaciones por ITCC bajo la supervisión del Estado central son las entidades descentralizadas, los Ayuntamientos salvo en el último caso noruego.

Las Mutuas u organismos asimilables no directamente en la esfera de responsabilidad política del sistema público de Seguridad Social, tienen una participación minoritaria en la gestión de la prestación por ITCC. Sólo en diez de los treinta países de la UE junto con el Espacio Económico Europeo (donde se añade Islandia, Noruega y Suiza) tienen algún grado de implicación en estos servicios públicos y su naturaleza jurídica es diversa. Esta forma de provisión mutualista o asimilable, es la elección de la Europa central geográficamente, con independencia de su bagaje histórico.

2.1.3. LOS MODELOS EUROPEOS DE MAYOR SINGULARIDAD EN LA COLABORACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA ITCC: LOS PAISES CENTROEUROPEOS Y DE INFLUENCIA GERMÁNICA

En los países centroeuropeos o de influencia germánica como Alemania, Austria, Suiza, Eslovaquia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda las entidades colaboradoras con la gestión de sus Sistemas de Seguridad Social, tienen contratada la prestación por ITCC tanto en su vertiente sanitaria como en la prestación sanitaria.

Tanto Sindicatos como patronales bajo la supervisión estatal (aunque mínima¹⁰), intervienen de forma muy relevante o exclusiva en los órganos de gestión, pues por lo general son elegidos de manera democrática entre los representantes de trabajadores y empresarios y con composición paritaria, las diferencias dentro de este modelo estriban en la pluralidad del sistema

A) LOS SISTEMAS ALEMÁN, SUIZO Y BÉLGA

Existe una diversidad de Mutuas y la libertad de elección del trabajador de la institución de su preferencia es completa después de un proceso de liberalización que se ha acelerado en la última década. En el caso de Suiza, existe incluso la posibilidad de cotizaciones individualizadas para cada trabajador, una libertad que no existe en los otros países, donde las Mutuas tienen unas cotizaciones obligatorias que aplican al conjunto de los trabajadores, ya sea dentro de cada Mutua, como ocurre en Alemania, o para el conjunto de las Mutuas, como en Bélgica.

B). LOS SISTEMAS ESLOVACO, HOLANDES Y LUXEMBURGUES

En estos países existe un sistema singular que, tras un cierto bagaje ha dado unos resultados positivos, y que está siendo susceptible de ponerse en práctica por las políticas de otros países de reducido tamaño dentro y fuera de la Unión. Se trata del establecimiento de una única Mutua centralizada para todo el territorio que se encarga de la prestación de los servicios de ITCC por delegación del sistema común de la SS.

C. EL SINGULAR CASO “CHECOSLOVACO”:

La división en Eslovaquia y en la República Checa entre actividades del sector público y de las Mutuas es funcional en cuanto a su relación con la ITCC: mientras que estas últimas son las encargadas de prestar los servicios sanitarios, el sector público es el encargado de la gestión de los salarios que se dejan de percibir durante el periodo de baja. La división en los elementos de la cobertura de la prestación por ITCC, su componente sanitaria (los cuidados sanitarios, incluyendo la rehabilitación, y en algunos países el complemento de esos cuidados paliativos con otras formas de servicios sociales) y su vertiente asistencial de rentas (compensación por los salarios dejados de percibir durante

¹⁰ Conviene señalar que la intervención del ejecutivo en estos Ordenamientos y en esta materia en comparación con España es “mínima” y no va más allá del establecimiento de unas reglas generales de fijación en el sistema general de la Seguridad Social.

ese periodo¹¹.

D). EL SISTEMA AUSTRIACO

Es el único país de la Unión donde la afiliación a una determinada Mutua por razones territoriales u ocupacionales es obligatoria sin posibilidad de elección por parte del trabajador o de la empresa.

Esta, es una práctica generalizada que cuenta con esquemas distintos según la relación laboral del trabajador), se extiende no sólo a la estructura organizativa encargada de prestar cada uno de esos elementos, sino también al entramado institucional-financiero encargado de costear esta prestación. Con la excepción de Suiza, donde las Mutuas pueden fijar de manera unilateral y discriminatoria según las características del trabajador las cotizaciones que sirven para financiar el sistema de protección por ITCC, la financiación es extraordinariamente parecida en cuanto a las características de los trabajadores.

2.1.4. INGLATERRA Y ALEMANIA: PAISES CUYA COBERTURA DE ITCC PROVIENE DE UNA ORGANIZACIÓN DISTINTA A LA SANITARIA

Como elemento general, existen en Europa dos tipos de países en cuanto a su cobertura de la protección por ITCC, que es la derivada de una organización distinta de la cobertura sanitaria, la cual engloba por definición una parte importante de la prestación y que, como regla general en los países europeos, no suele encontrarse en estado puro, sino que engloba caracteres de ambos modelos.

Por una parte, está el modelo alemán o contributivo de sanidad pública, financiado por contribuciones sociales del factor trabajo que se aplican sobre las nóminas, con independencia de quien las pague, que por lo general suele ser una combinación de pagos empresariales y del propio trabajador cubierto por la garantía. Tanto los dependientes no activos de no activos de los trabajadores como, en la mayor parte de los casos, las personas inactivas sin relación de parentesco con un trabajador se benefician de esos pagos que financian la sanidad del conjunto¹².

En contraposición se sitúa el modelo inglés o de cobertura universal, que implica que los pagos para la financiación de la prestación sanitaria son independientes de las cotizaciones sociales y se realizan con base a impuestos o tasas distintos de los que se cargan a las nóminas. Este modelo en contraste, con el exitoso modelo alemán¹³ no se muestra efectivo y una prueba de ello ha

¹¹ Más ampliamente vid. MARTÍNEZ MATEO. C.J: “Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social”. Ed. Laborum, Murcia. 2017. ISBN 978-84-947064-8-6. P.229

¹² Véase: MARTÍNEZ MATEO C.J. “Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social”. Tesis doctoral (Dir.tes) Juan Antonio Maldonado Molina. En: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47980/26763667.pdf?sequence=6&isAllowed=y>. P.260

¹³ De los treinta países que componen la UE y el Espacio Económico Europeo, en sólo siete las prestaciones sanitarias asociadas a la ITCC se pagan con ingresos distintos de las contribuciones sociales,

sido hasta la entrada del Brexit del auge que ha tenido el turismo sanitario en España.

En cuanto a los países que optan por financiar, ya sea de manera única o complementaria, las prestaciones sanitarias de ITCC con base en contribuciones sociales, el modelo abrumadoramente utilizado es el de una contribución mixta de empresarios y asalariados. Sólo en Italia se trata de una financiación que realiza el empresario en exclusiva y sólo en Suiza y Polonia son los propios trabajadores los que cubren la totalidad de la contribución

1.1.5. EXCEPCIONES A LA REGLA EUROPEA

Las excepciones a esta regla europea, los Estados donde la financiación del sistema sanitario no es contributiva, son los países nórdicos, con la excepción de Noruega, y la Península Ibérica. Los otros dos países que se conforman según esta organización son variopintos en tamaño y tradiciones sociales y empresariales: Chipre y Letonia. Pero que la financiación exclusiva en base a impuestos u otros ingresos públicos de las contribuciones sociales sobre las nóminas sea minoritaria no significa que ingresos distintos de las cotizaciones sobre las nóminas no contribuyan en alguna medida a cubrir las prestaciones sanitarias de los trabajadores. De hecho, tan sólo en cinco países, unidos en un arco que va desde los Países Bajos hasta Italia, pasando por Alemania, Suiza y Eslovenia, las prestaciones sanitarias excluyen este tipo de financiación.

Mucho más minoritaria es la participación de otros ingresos distintos de las contribuciones sociales en la financiación de las prestaciones sustitutivas del salario en caso de ITCC. No llegan ni a la mitad los países que optan por este modelo de financiación con base en impuestos o tasas y sólo Islandia paga a los trabajadores que no acuden a trabajar en razón de una ITCC exclusivamente con ingresos procedentes de los impuestos. Entre los países de mayor tradición de cobertura social, sólo Bélgica, Finlandia, Francia y el Reino Unido hacen aportaciones distintas a las contribuciones sociales para financiar el pago de estos salarios diferidos. Si la financiación sobre la base de cotizaciones sociales es la forma más común de financiación de la sustitución de rentas salariales, la distribución de su coste en nómina entre asalariados y trabajadores es, como en el caso de la prestación sanitaria, la fórmula abrumadoramente común en distintas dosis. Sólo Italia opta por un sistema de financiación exclusivamente pagado por los empresarios, y Suiza y Polonia son las únicas excepciones en las que el trabajador es el que realiza en solitario las contribuciones para su cobertura económica de la ITCC.

Con independencia de cuál sea el órgano encargado de la gestión de la prestación por ITCC, son las autoridades públicas encargadas de velar por su supervisión las que también determinan las cuantías de esa financiación, ya sea por la transferencia directa de fondos o la obligatoriedad de dedicar tasas o impuestos específicos a esta labor o, lo que es más común, fijando los tipos de las contribuciones sociales en porcentajes sobre las nóminas. El primer

lo cual representa un triunfo, al menos organizativo, del modelo alemán también seguido en la Europa Central y Oriental.

elemento de diversidad en las cotizaciones es que no afectan con igual intensidad a todas las nóminas. Las divisiones son diversas: pueden ser por edad, como ocurre en algunos países del Este de Europa, o también por ocupación, donde se divide entre trabajadores manuales y no manuales, como en Italia, y según mecanismos mucho más complejos de clasificación, o por ramas de actividad. También existen topes mínimos y máximos en la base imponible para estas cotizaciones en no pocos países.

1.2. ESTUDIO COMPARATIVO DEL PERIODO DE DERECHO DE SUBSIDIO EN EUROPA.

Realizando un estudio singular si contrastamos la relación entre subsidios por IT en relación a la situación económica de 30 países¹⁴ la duración máxima de la prestación por IT en la relación a la riqueza de cada uno de ellos, dejando al margen las tasas de siniestralidad, países como Bulgaria e Irlanda son los que tienen un mayor periodo de disfrute de la prestación por IT, velando más por la salud del trabajador y las economías familiares.

España ocupa el décimo lugar en el ranking por detrás de países con una situación económica más precaria como Bulgaria, cuya lucha contra la exclusión social y el riesgo de pobreza es uno de los objetivos de la Estrategia 2020 de la Unión Europea¹⁵, lo que refleja el fracaso de las políticas públicas de integración.

Parece que éste y otros países como Grecia y Portugal, aun teniendo menos recursos, en contra de los pronósticos, son más proclives velar prioritariamente por la recuperación de los trabajadores, concediendo largas prestaciones económicas por incapacidad temporal para cubrir la falta de ingresos que se producen en las familias cuando el trabajador, debido a una enfermedad o accidente, está imposibilitado temporalmente para trabajar y precisa asistencia sanitaria. Los datos de Bulgaria, donde el 22,3% de la población se encuentra en situación de riesgo de pobreza¹⁶, no contrastan con los de España, con el 21,8%.

¹⁴ Téngase en cuenta que 28 de estos países, son estados miembros de la Unión Europea, (el Reino Unido aprobó su retirada) y Suiza e Islandia, que por su importancia económica también se suman a esta comparativa.

¹⁵ Eurostat, la agencia estadística de los 27, publicó ya en 2011 el 24,2% de la población está en riesgo de caer en situación de pobreza o de exclusión social. Es decir, por encima del 23,4% del 2010 o del 23.5% de un año antes, lo que refleja el fracaso de las políticas públicas de integración. En total, casi 120 millones de europeos viven en esa situación.

¹⁶ No se trata de pobreza absoluta del trabajador, sino que el nivel de ingresos de las personas es inferior al umbral del 60% de la mediana de la renta por unidad de consumo. La cuantía para determinar la pobreza, por lo tanto, varía en cada país y en función de cómo evolucionen los ingresos medios. Un sujeto puede ser pobre en un Estado y no en otro. Y viceversa. Un pobre de Suecia, por ejemplo, es un rico en Rumanía. Estos datos invitan a la reflexión.

3. ¿ES ASIMILABLE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIA COMUN A LA OCASIONADA POR COVID 19? ¿EL CASO DE ESPAÑA?

3.1 EL TRATAMIENTO INICIAL Y SU ENCUADRAMIENTO EN LA ENFERMEDAD COMÚN

En un principio, en el mundo laboral, el desconocimiento de las características especiales y transmisión del virus SARS-CoV-2", (asimilados erróneamente a la Influenza o virus de la Gripe A), hicieron pensar al legislador que, tanto las situaciones de baja como las de cuarentena por los trabajadores, debían ser consideradas como causadas por enfermedad común, siguiendo el tradicional criterio puesto en practica en los últimos 11 años por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social a través de su Resolución de 7 de mayo de 2009 (BOE de 9 de mayo).

En ella, los períodos de cuarentena como medida preventiva ante el contagio de la nueva Gripe producida por este desconocido virus (también denominado A H1 N1), serían considerados como una situación más de ITCC es decir, incapacidad temporal por contingencias comunes, y durante ese periodo, los afectados, aislados de su trabajo y sin posibilidad de reincorporarse, tendrían derecho a las correspondientes prestaciones, siempre y cuando se hubiesen cumplido los demás requisitos en cada caso exigidos, y en los términos y condiciones establecidos, por las normas del Régimen de la Seguridad Social en que se encontrase encuadrado el trabajador. Cuando la protección de la incapacidad temporal por contingencias comunes esté prevista como mejora voluntaria, lo establecido en esta resolución será de aplicación únicamente a los trabajadores que se hubieran acogido a dicha mejora.

En este sentido, el Criterio 2/2020 ¹⁷ de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 26 de febrero señaló tres criterios a este respecto:

“Uno.- Los períodos de aislamiento preventivo a que se vean sometidos los trabajadores como consecuencia del virus SARS-CoV-2, serán considerados como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y durante los mismos los afectados tendrán derecho a las correspondientes prestaciones, cumplidos los demás requisitos en cada caso exigidos, y en los términos y condiciones establecidos, por las normas del régimen de la Seguridad Social en que se encuentre encuadrado el trabajador.

Dos. - Cuando la protección de la incapacidad temporal por contingencias comunes esté prevista como mejora voluntaria, lo establecido en este Criterio será de aplicación únicamente a los trabajadores que se hubieran acogido a dicha mejora.

¹⁷ Vid. Criterio 2/2020 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 26 de febrero

Tres. - Lo previsto en este Criterio será de aplicación con respecto a todas las situaciones de aislamiento preventivo producidas desde la detección del virus SARS-CoV-2".

Y de una forma similar¹⁸, el posterior Criterio 3/2020 señalaba aún que:

"La enfermedad ocasionada por el virus COVI-19 deberá catalogarse como "enfermedad común" a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo. La fecha del hecho causante vendrá determinada por la fecha de inicio del aislamiento si, con carácter previo al diagnóstico de la enfermedad, ha estado sometido a un periodo de aislamiento".

3.2. LA SITUACIÓN COVID-19 COMO ACCIDENTE DETRABAJO

Esta situación fue alterada gracias al artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo¹⁹, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

Según la redacción del precepto "*Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo*".

Es por ello que la entrada en juego del Criterio 4/2020 de la DGOSS ya no identifica la situación por contagio de COVID 19 con la prestación de asistencia sanitaria por contingencias comunes, excepto si se demostrase, (tal como el señala oportunamente el citado artículo quinto) que "la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015".

¹⁸ Rescatado de: <http://grupo.us.es/iwpr/covid-19-y-derecho-social/aspectos-de-seguridad-social/incapacidad-temporal-y-covid-19/>

¹⁹ Esta norma introduce "medidas en el ámbito económico y de la salud pública ante la necesidad de una respuesta inmediata para hacer frente tanto a la situación de aquellas familias que continúan sufriendo la adversidad económica y a la situación surgida por la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, evitar que SAREB pudiera llegar eventualmente a encontrarse en una causa legal de disolución, así como atajar la epidemia por el COVID-19 y evitar su propagación y el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud". Rescatado de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14944-iquest%3Bque-cambia-el-real-decreto-ley-6-2020-de-medidas-economicas-urgentes-y-de-salud-publica/>

Solo en estos casos parece necesario que la empresa sea quien efectivamente deba comunicar esta situación por el sistema Delt@²⁰. Y ello ya que en estos casos la IT será considerada como accidente de trabajo a todos los efectos -y no solo los económicos-. “Y de ahí, que solo en este tipo de supuestos, cuando además medie incumplimiento de las medidas de prevención por parte de la empresa cabría seguramente la hipotética imposición de un recargo de prestaciones”²¹.

El inciso IV del artículo quinto, señala que “la fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.”

En cuanto a retroactividad, conviene señalar que el Criterio 4/2020 ha establecido que para aquellos trabajadores que hayan sufrido periodos de aislamiento o contagio antes del 12 de marzo²² “la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo se producirá de forma retroactiva a la fecha en la que se haya acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio. De manera que la prestación económica por incapacidad temporal que se hubiera causado deberá considerarse como situación asimilada a accidente de trabajo”.

Uno de los problemas que se han observado en esta norma ha venido dado por su propio ámbito de aplicación, pues aunque la intención del legislador hubiese sido efectivamente “realizar una regulación universal, para todos los sujetos incluidos en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social, lo cierto es que lo limitó literalmente a los trabajadores por cuenta propia o ajena, lo que efectivamente ha suscitado el problema, para los ya castigados funcionarios públicos así como las incluidas en el mutualismo administrativo.

La redacción del art. 11 del RDL 7/2020²³ si ha resuelto de manera eficaz la controversia, pues la redacción del artículo quinto del RDL 6/2020 en relación, ya específicamente, con las personas incluidas en el mutualismo administrativo, pues señala literalmente: “Al objeto de proteger la salud pública, se considerará, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para el subsidio de incapacidad temporal que reconoce el mutualismo administrativo, aquellos periodos de aislamiento o contagio provocados por el COVID-19”.

²⁰ Rescatado de: <http://grupo.us.es/iwpr/covid-19-y-derecho-social/aspectos-de-seguridad-social/incapacidad-temporal-y-covid-19/>

²¹ Vid. GÓMEZ ARBOS.J. “Medidas ante el estado de alarma. Análisis de la protección al trabajador. La delgada línea entre la salud laboral y la salud pública “En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta” en Jurisdicción Social, n. 209, p. 37

²² Recuérdese que la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, establece que su entrada en vigor se producirá el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el día 12 de marzo.

²³ Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

En cuanto al nacimiento y duración del derecho al subsidio, la duración de esta prestación es excepcional y vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta.

Finalmente, en cuanto al porcentaje aplicable, será del 75% de la Base reguladora desde el primer día. Finalmente, es importante destacar cómo, en los supuestos relacionados con el COVID-19, la emisión de los partes de baja, confirmación y alta corresponderá en todo caso al Servicio Público de Salud – SPS- al que esté vinculado el trabajador en función de su domicilio y, a pesar de ser expedidos inicialmente como enfermedad común, tendrán efectos económicos como AT. En ningún caso, estos partes de baja/alta podrán ser emitidos por los facultativos de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), del Instituto Social de la Marina o de las Empresas Colaboradoras²⁴.

Estas medidas, como señala el Preámbulo del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, están teniendo un impacto económico, que se proyecta en particular sobre determinadas empresas y sectores de la economía española, así como sobre los ciudadanos de las zonas afectadas. No obstante, estas normas constituyen el ejemplo que ha dado nuestro Ordenamiento para establecer una serie de medidas urgentes, que han sido orientadas a evitar la propagación de la enfermedad, y mantener de forma eficaz la protección social de los trabajadores no sólo por cuenta propia tratados en este tema, sino también por los trabajadores por cuenta ajena.

²⁴ Rescatado de: <http://grupo.us.es/iwpr/covid-19-y-derecho-social/aspectos-de-seguridad-social/incapacidad-temporal-y-covid-19/>

FRAUDE DE LEY Y DERECHO TRIBUTARIO SANCIONADOR

FRAUD OF LAW AND SANCTIONING TAX LAW

Carmen Almagro Martín
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 02/02/2020
Fecha de aceptación: 05/03/2020

RESUMEN: Desde que la Ley General Tributaria de 1963 regulara por primera vez el fraude de ley tributaria y posteriormente el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, cláusula antiabuso que vino a sustituirlo en la LGT de 2003, resultaba expresamente prohibida la sanción de tales conductas. Sin embargo, la situación cambia sustancialmente con la reforma parcial de esta última Ley operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que elimina la imposibilidad de sancionar tales conductas. Esta modificación se completa con la configuración en la LGT de una nueva infracción introducida en su artículo 206 bis. Tales cambios, si bien responde a las pretensiones de la Administración tributaria y de una parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia, no son en absoluto pacíficos, habiendo generado numerosas dudas y controversias en torno a su aplicación y contenido que pretendemos poner de manifiesto en este trabajo.

ABSTRACT: At the moment that the Spanish General Fiscal Law —from 1963— regulated the fraud in the Tributary Law for the first time and after this point, a conflict arose because of the implementation of this tax legislation. This was an anti-abuse clause which was established in order to substitute it in the original version of the Spanish General Fiscal Law (LGT) from 2003, where the penalties of these conducts were prohibited. However, this situation significantly changed by the partial amendment of this last Law, established by the Spanish Law 34/2015 from 21st September, which removes the impossibility of penalising these conducts. This modification is completed by the configuration of the Spanish General Fiscal Law (LGT) of a new infraction inserted in its article 206 bis. This modification is completed by the configuration of the Spanish General Fiscal Law (LGT) of a new infraction inserted in its article 206 bis. These changes are provoked by the aspirations of the Tax Administration, a portion of the scientific field, and the jurisprudence. They are not at all peaceful process, raising a large quantity of doubts and disputes around its implementation and its content, which we are trying to reveal in this research.

PALABRAS CLAVE: Conflicto en la aplicación de la norma tributaria, elusión fiscal, sanción tributaria, Comisión Consultiva, Derecho tributario sancionador.

KEYWORDS: Conflict in the application of tax law, tax avoidance, tax sanction, Advisory Commission, Punitive elements in the Tax Law.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. La modificación del artículo 15 de la Ley General Tributaria, 3. Infracción en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, 4. La Necesidad de previo informe consultivo: procedimiento de inspección.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que la Ley General Tributaria de 1963 regulara por primera vez el fraude de ley tributaria quedo expresamente excluida la posibilidad de sancionar tales conductas, particularmente elocuente resulta el artículo 24.3 de la citada Ley, según redacción otorgada tras la reforma operada por la Ley 25/1995, cuando señalaba que «[e]n las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones».

Los numerosos problemas que ocasionaba la aplicación del fraude de Ley tributaria, que determinaron su escasa aplicación en la práctica en favor de la simulación o simplemente de la calificación para corregir muchas de las conductas de los contribuyentes en las que, en puridad, concurría aquel, el legislador optó por eliminarlo de la nueva LGT¹ sustituyéndolo por una cláusula antiabuso «más flexible y de más fácil aplicación»². Se trata del conflicto en la aplicación de la norma tributaria regulado en el artículo 15 de la vigente LGT, cuya redacción original mantenía el tradicional veto a la posibilidad de sancionarlo en términos similares a los del citado artículo 24.3 de la LGT de 1963, cuando señalaba que «[e]n las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones».

Sin embargo, la situación cambia sustancialmente tras la reforma operada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria³, que en el apartado tercero de su único artículo otorga nueva redacción al artículo 15.3 de la LGT eliminando la imposibilidad de sancionar las conductas en las que pueda apreciarse conflicto en la aplicación de la norma. Esta modificación se completa con la configuración en la LGT de un nuevo tipo de infracción tributaria introducido en su artículo 206 bis «en el que se integran los posibles resultados materiales de la conducta del obligado así como la desatención por parte del mismo de los criterios administrativos preexistentes que hubiesen determinado el carácter abusivo de actos o negocios sustantivamente iguales»⁴, cambios a los que nos referimos a continuación.

2. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

La reforma del artículo 15 de la LGT consistió en la eliminar de su apartado tercero la coletilla «sin que proceda la imposición de sanciones», que deja expedita la vía para sancionar los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Así, con efectos de 12 de octubre de 2015⁵, el citado artículo 15.3 queda redactado como sigue:

¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

² Según se describe en la Memoria del Proyecto de LGT.

³ En adelante Ley 34/2015.

⁴ Apartado II del Preámbulo de la Ley 34/2015.

⁵ Según el apartado 1 de la Disposición transitoria única de la Ley 34/2015 «la nueva redacción del apartado 3 del artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, será aplicable a los periodos impositivos cuyo periodo de liquidación finalice después de la fecha de entrada en vigor de esta Ley».

«3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora».

Según consta en el apartado II del Preámbulo de la ley 34/2015⁶, el legislador justifica esta modificación en base a «la experiencia atesorada» sobre el conflicto en la aplicación de la norma en los 10 años que han transcurrido desde su entrada en vigor que «aconseja la modificación de su régimen jurídico en el sentido de permitir su sancionabilidad» con una doble finalidad, «por un lado, adecuar dicho régimen a la doctrina jurisprudencial, que no excluye la voluntad defraudatoria en dicha figura, conclusión que es asimismo apoyada por un amplio sector de la doctrina científica y constituye la situación habitual en Derecho comparado, compatibilizando la norma la salvaguarda del principio de tipicidad en el Derecho sancionador, concretada en el Título IV de la Ley, con la flexibilidad necesaria en una cláusula antiabuso de carácter general», y por otro «facilitar el exacto cumplimiento del mandato del artículo 31 de la Constitución que consagra el deber general de contribuir, mediante la persecución de aquellos dispositivos complejos orientados a la defraudación tributaria».

Con estos cambios se admite en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, la sanción de conductas en cuya realización se aprecia conflicto en la aplicación de la norma tributaria en los términos expuestos, si bien se trata de una pretensión de la Administración tributaria desde hace años y que ha sido objeto de un intenso debate por parte de la doctrina y la jurisprudencia que hasta ahora se había resuelto en sentido negativo, sin perjuicio de que, como ya pusiera de manifiesto ZORNOZA PÉREZ⁷, dichos comportamientos se vieran sancionados por la vía de la simulación⁸.

Ya durante la tramitación de la LGT de 2003 se planteó la cuestión⁹. Concretamente el anteproyecto de dicha Ley al regular lo que entonces denominó como «abuso en la aplicación de las normas tributarias» recogía la posibilidad de sancionar tales conductas conforme al artículo 185.1 de la misma Ley. Artículo que calificaba como infracción muy grave la consistente en:

«Eludir total o parcialmente la realización del hecho imponible o minorar las bases o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 15 de esta Ley siempre que:

- a) La Administración hubiera declarado el abuso en la aplicación de la norma de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159 de esta Ley, y
- b) Las circunstancias del caso concreto pusieran de manifiesto la existencia de una maquinación realizada con ánimo defraudatorio».

Previéndose una sanción para dicha infracción de «multa pecuniaria proporcional del 100 por 100 de la diferencia entre el importe de la deuda tributaria que hubiera correspondido por la realización de los actos o negocios usuales o propios y el importe por el que tributaron las operaciones realizadas».

⁶ Esta justificación ya se recogía en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

⁷ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J.: «La simulación en Derecho tributario», en Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo (Dir.: ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J.), Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 554.

⁸ El Tribunal Supremo ampara esta confusión calificando o sancionando como simulación lo que no son más que supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Vid., por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2014 (recurso 1881/2012) y las de 18 de febrero de 2015 (recursos 196/2013 y 1203/2013).

⁹ Si bien muchos de los argumentos entonces esgrimidos se reproducen con motivo de la reforma operada por la ley 34/20015, creemos necesario hacer siquiera una breve referencia a los mismos que nos permitirá determinar el contexto en el que nace el nuevo artículo 206 bis de la LGT.

Ante las mayoritarias posturas contrarias a esta pretensión tanto de la doctrina¹⁰ como del Consejo de Estado, este artículo no llegaría a ver la luz y la regulación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria excluyó toda posibilidad de sancionar dichas comportamientos.

Concretamente el Consejo de Estado en su dictamen 1403/2003 se opuso frontalmente a la posibilidad de sancionar tales conductas que suponía «la formulación de un tipo infractor excesivamente indeterminado que puede resultar inconstitucional». Según señalaba el citado Consejo, el problema venía determinado por la configuración del «tipo en blanco»¹¹ que se proponía, que en ningún caso podría cubrir «ni en las infracciones administrativas ni en los delitos, a los supuestos de fraude de ley tributaria o abuso en su aplicación, en cuanto que los genéricos términos en que esta figura aparece definida, suficientes para cumplir las exigencias de la reserva de ley tributaria y del principio de seguridad jurídica, no cumplen las más intensas exigencias de "lex certa" inherentes al ámbito sancionador, penal o administrativo».

Así las cosas, el citado artículo 185 no llegó a ver la luz y se estableció la imposibilidad de sancionar estos supuestos al incluir en el artículo apartado 3 del artículo 15 de la LGT la frase «sin que proceda la imposición de sanciones».

Tampoco la reforma operada por la Ley 34/2015 estuvo exenta de polémica que se puso de manifiesto desde el inicio del procedimiento para su tramitación. Precisamente en la primera versión del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la LGT de 2003 se añadía un nuevo apartado al artículo 15¹² en virtud del cual «no obstante lo anterior, procederá la imposición sanciones tributarias conforme a lo dispuesto en el título IV de esta ley cuando existiese igualdad sustancial entre el supuesto que haya sido objeto de declaración de conflicto en la aplicación de la norma y aquel o aquellos otros supuestos cuya resolución hubiese conformado el criterio administrativo preexistente y público en el momento de presentación de la declaración»¹³, previendo la imposición de sanciones en todos los supuestos en los que se apreciara la existencia de conflicto en la aplicación de la norma, aspecto que fue duramente criticado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que en su Informe al citado Anteproyecto pone de manifiesto como «la nueva redacción que se propone del artículo 15.3 LGT es la muestra que permite visualizar en su conjunto el verdadero significado y alcance de la reforma: la insólita ampliación de las potestades administrativas de control y represión de las infracciones tributarias y la correlativa

¹⁰ Vid., por todos, FERREIRO LAPATZA, J.J.: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», *Quincena fiscal*, núm. 11, 2003, págs. 9-14.

¹¹ En referencia a que «la redacción proyectada incorpora demasiados conceptos jurídicos indeterminados, que dejan un margen de apreciación excesivamente amplio e impreciso».

¹² La modificación pretendida se justificaba, según se indica expresamente en el preámbulo del citado anteproyecto, en la necesaria adecuación de dicho régimen («(...) a la doctrina jurisprudencial, que no excluye la voluntad defraudatoria en dicha figura, conclusión que es asimismo apoyada por un amplio sector de la doctrina científica y constituye la situación habitual en Derecho comparado» y por otro «facilitar el exacto cumplimiento del mandato del artículo 31 de la Constitución que consagra el deber general de contribuir, mediante la persecución de aquellos dispositivos complejos orientados a la defraudación tributaria» que en los mismos términos se recoge en el preámbulo de la ley de reforma 34/2015 (expuesto líneas más arriba) con alguna pequeña matización debida a los cambios introducidos como consecuencia del informe del CGPJ y del Dictamen emitido por el Consejo de Estado al que haremos referencia más adelante, si bien podemos indicar ya, que dichos cambios fueron más estructurales que de fondo.

¹³ Para delimitar que debía entenderse por «criterio administrativo» el citado precepto, según redacción otorgada por el referido anteproyecto, añadía un segundo párrafo en virtud del cual: «A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido en los informes a los que se refiere el apartado 2, así como aquellos otros que pudiera emitir la Comisión consultiva a solicitud de la Administración tributaria en virtud de lo establecido en el artículo 159.8 de esta ley». Lógicamente también se encargaba el anteproyecto de modificar dicho artículo 159, añadiéndole un nuevo apartado número 8.

Por último, finalizaba el artículo 15.3 LGT estableciendo que: «a los efectos previstos en este apartado, la Administración tributaria hará públicos los citados informes con supresión en los mismos de toda referencia a datos que permitan la identificación de las personas a las que afecten».

minoración de los derechos y garantías del contribuyente», alegando la improcedencia de tales sanciones por exigencia de los principios de legalidad y tipicidad que rigen sobre la potestad sancionadora en materia tributaria, ya que, en caso contrario, se daría cabida en nuestro ordenamiento tributario a una «especie de norma sancionadora en blanco, cuyo destino es integrarse no ya por otra disposición con rango de ley o aún reglamentaria sino por la decisión de un órgano de la Administración, en base a una suerte de identidad fáctica»¹⁴, desconociendo la auténtica naturaleza del conflicto en la aplicación de la norma tributaria como «contorneo legal» que comporta «la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu»¹⁵.

Se cuestiona también el CGPJ la posibilidad que se abría con la reforma pretendida de que la Comisión consultiva pudiera declarar la concurrencia de conflicto en la aplicación de la norma no sólo frente a supuestos concretos objeto de un procedimiento inspector, sino respecto de otros actos o negocios hipotéticos que no pueden imputarse a sujeto infractor alguno.

Por tanto, propuso el CGPJ la eliminación de esta propuesta o, de forma alternativa, su modificación por la expresión «se podrán imponer sanciones tributarias» que reflejase la mera posibilidad de sanción y no su establecimiento en todo caso, permitiendo así valorar su procedencia para cada supuesto. Esta última propuesta fue la que finalmente se recogió en la versión del anteproyecto que se remitió al Consejo de Estado.

Por su parte el Consejo de Estado en su Dictamen 130/2015, de 9 de abril de 2015 al citado Anteproyecto de Ley muestra su disconformidad con la modificación planteada, no sólo en su versión primera (sanción obligatoria), sino en la finalmente recogida (sanción potestativa). Así, señala que «el fondo de todo este problema es el conflicto entre un “ius vivens” que existe en la práctica y los límites impuestos por el Derecho objetivo en la configuración de los negocios jurídicos con una determinada causa»¹⁶. Cuestionándose si las conductas a las que se refiere el artículo 15 de la LGT que constituyen la base de la nueva infracción «están lo suficientemente delimitadas para cumplir las exigencias del principio de “lex certa” al que se refiere el artículo 25 de la Constitución», siendo negativa su respuesta toda vez que «la redacción proyectada incorpora demasiados conceptos jurídicos indeterminados, que dejan un margen de apreciación excesivamente amplio e impreciso» que si bien considera «suficientes para cubrir las exigencias de la reserva de ley tributaria y del principio de seguridad jurídica, no cumplen las más intensas exigencias de “lex certa” inherentes al ámbito sancionador, penal o administrativo»¹⁷.

Según el citado dictamen la redacción propuesta para el artículo 15 LGT parece admitir junto con los actos sancionables y los negocios defraudatorios (que se declaren realizados en conflicto con la aplicación de la norma, quedando sin efecto), la existencia de «conductas tipo ya declaradas artificiosas con carácter general, a modo de un primer estadio en la situación jurídica que después pueda derivar en los actos o conductas sancionables», entendiendo que dicha definición de conductas no es idónea para construir sobre ella un tipo infractor.

Estamos de acuerdo con el Consejo de Estado cuando manifiesta que la mera divergencia con los criterios administrativos en base a los que calificar una conducta como artificiosa, por muy repetidos y públicos que sean, no es suficiente para apreciar la concurrencia de un acto o conducta que cumpla con el tipo de la infracción y pueda acarrear la declaración de culpabilidad, afirmando que: «Además, y esta consecuencia parece especialmente grave a

¹⁴ Lo que, en palabras del CGPJ, «significa una infracción del principio de taxatividad o de *lex certa* y del principio de tipicidad, que rigen también en el derecho administrativo sancionatorio».

¹⁵ Según afirma el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2005. Fundamento jurídico 4, en la que se apoya el CGPJ.

¹⁶ Apartado IV, A), 2 del citado Dictamen.

¹⁷ Objeción que el Consejo toma del Dictamen 1403/2003 que emitió con motivo de la aprobación de la LGT de 2003, al que ya hemos hecho referencia.

este Consejo y potencialmente lesiva del principio de tipicidad que forma parte de las garantías contempladas en el artículo 25 de la Constitución, no puede afirmarse la pretendida inversión que se quiere hacer del artículo 179 LGT. Ante una conducta subjetivamente sancionable, demostrar el acuerdo con el criterio administrativo previamente sentado puede excluir la culpabilidad (a título de dolo o negligencia). Pero no cabe una inversión de esta regla, a efectos sancionadores: el desacuerdo con los criterios administrativos -repetidos, públicos y calificadores de una conducta o un tipo de operación como artificiosas-, no basta para que concurra un acto o conducta que cumpla con el tipo infractor y que pueda ser declarado culpable. Para tal declaración ha de ser probado el cumplimiento del tipo siguiéndose en todo caso los principios del procedimiento sancionador».

Llegando a la conclusión de que debía suprimirse la modificación que se pretendía del artículo 15, postulando que sólo sería posible sancionar las conductas en las que se aprecie conflicto en la aplicación de la norma tributaria «(...) en el seno del título que regula las infracciones y sanciones, delimitándose una por una las conductas constitutivas de infracción y sancionables, tipificándose necesariamente con todas las garantías del principio de taxatividad y siguiéndose para su apreciación los principios y reglas del procedimiento sancionador».

Así las cosas, y con el fin de adaptarlo a las consideraciones del Consejo de Estado, se modifica el texto del 15 que se incluye en el Proyecto de Ley de modificación parcial de la LGT, que coincide con el finalmente aprobado, eliminando la coletilla que excluía la posibilidad de sancionar tales conductas. De este modo, tras esta reforma la LGT formalmente mantiene como regla general la imposibilidad de sancionar las conductas realizadas en conflicto de aplicación de la norma tributaria, aunque admite la posibilidad de sancionarlas cuando exista un criterio administrativo preexistente y público en el momento de presentación de la declaración o autoliquidación.

Como hemos comentado el preámbulo tanto de la Ley 34/2015 como de su anteproyecto justifican la reforma, entre otras razones, en la necesidad de «adecuar dicho régimen a la doctrina jurisprudencial, que no excluye la voluntad defraudatoria en dicha figura, conclusión que es asimismo apoyada por un amplio sector de la doctrina científica y constituye la situación habitual en Derecho comparado (...)».

Ciertamente siempre ha habido un sector de la doctrina¹⁸ que se manifestaba en contra de la corriente mayoritaria admitiendo la posibilidad de que el legislador optase por sancionar las conductas realizadas en fraude de ley, sin que ello pudiera entenderse como quiebra de la constitucionalidad de la norma.

En síntesis, frente al argumento de que no se debe sancionar el fraude de ley en tanto que se refiere a conductas que tributan por aplicación analógica de la norma tributaria, ya que en esencia se trata de supuestos en los que no se realiza el hecho imponible que se sorteaba rodeando la ley para obtener un resultado equivalente¹⁹, se postula por dicho sector doctrinal que en tales supuestos (los realizados en fraude de ley) las partes sí que realizan el hecho imponible con todos sus elementos esenciales a excepción de la forma jurídica de la

¹⁸ Vid, por todos, PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 172-174 y SANZ GÓMEZ, R. J.: «Una vuelta al debate sobre la posibilidad de sancionar el abuso del derecho tributario: reflexiones a la luz de la propuesta de reforma de la Ley General Tributaria», *Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos*, núm. 380, 2014, págs. 105-140.

¹⁹ Vid., por todos, FALCON Y TELLA para quien «la consideración puramente fáctica del hecho imponible nos coloca inexorablemente ante la disyuntiva, o bien el hecho imponible se ha realizado, en cuyo caso procede el gravamen (y normalmente la omisión de este será constitutiva de infracción siendo aplicable el régimen general de infracciones y sanciones, sin más), o bien el hecho imponible no se ha realizado, en cuyo caso existe puta y simplemente una economía de opción, que nunca infringe el ordenamiento tributario sin perjuicio de que éste ordene en casos extremos su gravamen a través precisamente del expediente de fraude a la ley tributaria». FALCON Y TELLA, R.: «El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 CC» *Quincena fiscal*, núm. 19, 1995.

que lo han revestido que resulta ser lo único ficticio de la operación²⁰. Por tanto, la Administración tributaria deberá recalificar²¹ la operación tributaria realizada en fraude de ley conforme a su verdadera naturaleza jurídica tomando en consideración todos los elementos que la constituyen, especialmente su causa²², pues como ya afirmara PALAO TABOADA si el presupuesto generador de la obligación tributaria «está constituido por un acto o negocio jurídico, aquella denominación no los transforma en puros hechos, sino que conservan su naturaleza de tales actos o negocios y, por tanto, su calificación habrá de hacerse teniendo en cuenta todos sus elementos constitutivos: entre ellos, de manera fundamental cuando se trate de negocios jurídicos, el propósito perseguido por las partes que en él intervienen, como componente de la causa»²³.

No obstante, entendemos que es consustancial al conflicto en la aplicación de la norma, y antes lo era al fraude de ley, la no realización del hecho imponible que como expresamente indica el artículo 15 se evita por el contribuyente quien opta por realizar abiertamente otros negocios, válidos en sí mismos, que provocan un resultado equivalente al del hecho imponible, pese a lo cual, y como quiera que tales negocios se «manipulan» para conseguir unos resultados que son propios de otras formas negociales, es legítimo que el ordenamiento jurídico reaccione haciéndolos tributar por analogía como correspondería a esas otras formas negociales. Lo contrario nos parece que, en definitiva, supondría aplicar las consecuencias de la simulación a los supuestos que constituyen conflicto en la aplicación de la norma.

Por otro lado, tradicionalmente alegan los detractores de la sanción al fraude de ley que la norma que lo sancionara carecería del grado de certeza suficiente que permita dar satisfacción al principio de tipicidad propio del ámbito sancionador²⁴, mientras que desde el sector contrario se mantiene que tales principios no son aplicables al fraude de ley (o conflicto en la aplicación de la norma tributaria) por cuanto el negocio jurídico realmente realizado es el que responde a la causa perseguida por las partes, con independencia de la denominación que estas le hubieran atribuido, por tanto, una vez calificado el negocio de

²⁰ En este sentido se manifiestan RUIZ ALMENDRAL y SEITZ, quienes, apoyándose en las tesis de autores como TIPKE, KRUSE o CLAUSEN, afirman que: «En suma, el punto de partida o presupuesto para la aplicación de la norma antifraude es que se haya realizado el hecho imponible materialmente, de manera que sólo se corrige el armazón jurídico que las partes le han concedido con el objeto de obtener una ventaja tributaria en *fraude de ley*, de ahí que la corrección sea únicamente a efectos tributarios». Vid. RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G.: «El fraude a la ley tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)», Revista de Contabilidad y Tributación, núms. 257-258, 2004, pág. 51.

²¹ Afirma GARCÍA NOVOA que: «Expresión literal y contenido efectivo pueden no coincidir, y la función calificadora, en tanto apreciación de hechos desde una perspectiva jurídica, supondrá poder llegar a la conclusión de que la naturaleza jurídica de un contrato no es la que las partes le atribuyen. En eso consiste el calificar el negocio en cuanto hecho, sin convertir la calificación en una operación puramente formalista». Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 240.

²² Afirma este autor que «(...) al igual que ocurre en el ámbito penal, los tipos o supuestos de hecho tributarios están integrados, entre otros, por los denominados elementos normativos del tipo, elementos que deberán valorarse conforme a su naturaleza jurídica», por ello, continúa el autor, «(...) la Administración tributaria en el ejercicio de su función calificadora –y como venimos diciendo el conflicto en la aplicación de la norma tributaria constituye un supuesto de calificación– tiene la posibilidad de determinar que la verdadera naturaleza de un determinado negocio jurídico no coincide con el nombre que las partes le han dado sino con otro. Pues bien, para poder considerar la verdadera naturaleza jurídica de un determinado negocio es absolutamente imprescindible un análisis de la causa del contrato, pues la verdadera naturaleza del negocio coincidirá con la causa típica del mismo.» Vid. CALATAYUD PRATS, I.: «Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria», Hacienda Canaria, núm. 10, 2004, pág. 25.

²³ Vid. PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?», Centro de Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 182, 1998, pág. 13.

²⁴ Vid., por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 142/1999, de 22 de julio, que refleja claramente este argumento, señalando respecto de la posible norma sancionadora de tales conductas, que «(...) su formulación no permitiría al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye la referida infracción y esta indeterminación de la conducta infractora vulneraría las exigencias de «lex certa» que derivan del art. 25.1 CE».

acuerdo a su verdadera naturaleza jurídica resultará de aplicación la norma que lo regula (compraventa, reparto de dividendos...), y es de esta (así como la que prevé su posible infracción) de la que deben predicarse los requisitos de tipicidad y seguridad jurídica propios de nuestro ordenamiento jurídico, por tanto si la norma que da cobijo al fraude de ley respeta los requisitos propios del principio de tipicidad, también lo hará la estructura elegida por el contribuyente. En este sentido, afirma GARCÍA BERRO «(...) al efectuar una utilización artificiosa de los cauces negociales, el interesado se aleja por propia voluntad, con su avieso modo de obrar, de la protección que le dispensa el principio constitucional de seguridad jurídica», sin que exista impedimento alguno para «(...) diseñar un tipo infractor específico contra la utilización torcida o abusiva de las formas jurídicas cuando el resultado de ello sea una rebaja de la tributación»²⁵. Tampoco podemos estar de acuerdo con este razonamiento ya que si en el conflicto en la aplicación de la norma no llega a realizarse el hecho imponible y los negocios reales se realizan a la vista de todos sin que exista engaño alguno, la Administración tributaria podrá apreciar directamente el abuso en las formas negociales empleadas y reaccionar exigiendo la tributación conforme a las que proceden en derecho con sus correspondientes intereses, sin que nos parezca que este comportamiento reúna los requisitos necesarios para constituir la base de una infracción.

También es cierto que haciendo un análisis de derecho comparado encontramos países como Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Finlandia, Hungría, Nueva Zelanda y algunos de nuestro entorno más cercano como Francia, Italia, Países Bajos o Reino Unido, que sancionan si no todas, algunas de las conductas realizadas en fraude de ley lo que resulta perfectamente compatible con Estado de Derecho²⁶.

Tampoco faltan pronunciamientos judiciales sobre el tema, en ambos sentidos. Entre los que excluyen la posibilidad de sancionar las conductas realizadas en fraude de ley, valga como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016 (recurso 887/2014), relativa a la posibilidad de aplicar el régimen especial de neutralidad al entramado de operaciones de escisión de sociedades y posterior venta por parte de las personas físicas de sus participaciones en las entidades resultantes. Operación que, según los órganos encargados de la Inspección de la AEAT, adolece de motivos económicos válidos, negando la posibilidad de aplicar el régimen de neutralidad, y sancionando tal conducta como constitutiva de una infracción tributaria grave. Aunque el TS se muestra conforme con la improcedencia del régimen de neutralidad, no admite la imposición de la sanción, señalando en su Fundamento Jurídico decimosegundo que no cabe la imposición de sanción alguna «(...) puesto que así lo quiso el legislador en su regulación contenida en el artículo 24 de la antigua Ley General Tributaria, donde prohíbe expresamente la imposición de sanciones tributarias en los supuestos de declaración de fraude de ley», añadiendo que «(...) conviene significar que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 120/2005, de 10 de Mayo, declaró que una conducta en fraude de Ley tributaria nunca puede dar lugar a una tipicidad por ilícito, ni penal, ni administrativo, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice para su declaración»²⁷.

²⁵ Razona el autor su argumento de la siguiente forma: «(...) quien celebra un determinado negocio, cuyos efectos típicos quedan anulados en sustancia, ya sea por el juego conjunto de las cláusulas que a él se incorporan, o bien debido a su combinación con otros negocios, no carece de elementos de juicio para predecir con suficiente grado de certeza que su actuación es constitutiva de elusión y, por ende, susceptible de una medida sancionadora –si tal posibilidad llegara a establecerse– en razón del perjuicio económico que con ella se ha ocasionado a la Hacienda Pública». Vid. GARCÍA BERRO, F.: «Sobre los modos de enfrentar la elusión tributaria y sobre la jurisprudencia tributaria en materia de simulación», Revista española de Derecho Financiero, núm. 145, 2010. BIB 2010\118, págs. 39 y 40.

²⁶ Como pone de manifiesto LUCAS DURAN, M. que, de forma clara y precisa, los sintetiza en su trabajo «Elusión fiscal y sanciones: el nuevo artículo 206 bis LGT (2016)», Comunicación presentada al IV encuentro de Derecho financiero y Tributario, organizado por el Instituto de Estudios Fiscales en Madrid, 4-5 de febrero, 2016, publicada en Documentos, núm. 13, 2016, págs. 3 y 4.

²⁷ En este sentido también se pronuncian, entre otras, las STS de 16 de febrero de 2014 (recurso 390/2011) y de 3 de julio de 2012 (recurso 3703/2009).

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Constitucional 196/2011, de 17 de octubre de 2011, cuyo Fundamento Jurídico tercero indica que «el artículo 25.1 CE, visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente», prohibiendo la aplicación retroactiva de la Ley.

Por el contrario, se pronuncia a favor de sancionar las conductas en fraude de ley la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003 (recuso 3435/2001), entre otras, cuyo fundamento de derecho número 6 dice: «El motivo no puede ser estimado porque no es cierto que se haya castigado como delito una conducta no prohibida sino permitida por la ley. Lo que se ha castigado es la elusión del pago de un tributo -el impuesto sobre la renta de las personas físicas- a que estaban obligados los acusados, mediante una compleja maniobra negocial aparentemente lícita pero realmente antijurídica, porque la misma no tenía ni podía tener otra finalidad (...) que la de ocultar quiénes eran los verdaderos sujetos pasivos del impuesto y disipar finalmente la cuota tributaria simulando una pérdida fiscal en la sociedad que, tras la cadena de operaciones ingeniosamente articuladas, parecía asumir el deber de tributación. Esta conducta, tal como aparece descrita en la declaración de hechos probados que debe ser rigurosamente respetada, no está en modo alguno autorizada por la ley -no es, como se pretende, una opción económica puesta a disposición del contribuyente si éste quiere reducir el "coste fiscal" de una determinada operación o actividad negocial- sino un hecho típico que estaba previsto, cuando se cometió, en el art. 349.1 CP 1.973 y hoy lo está en el art. 305.1 CP vigente porque en la citada conducta concurren todos los elementos que, desde un punto de vista objetivo, integran el tipo de delito contra la Hacienda Pública: la elusión del pago de un impuesto cuya cuota ascendía, en cada uno de los acusados, a más de quince millones de pesetas y la utilización de una mecánica claramente fraudulenta en cuanto que, por su meditada y sofisticada complejidad, era idónea para engañar a la Administración. Carece, en consecuencia, de fundamento la queja de una quiebra del principio de legalidad producida con ocasión de la condena del acusado, por lo que debe ser rechazado el cuarto motivo del recurso»²⁸.

En este contexto, con opiniones enfrentadas y con argumentos a favor y en contra, tiene lugar la reforma de la Ley General Tributaria llevada a cabo por la Ley 34/2015 que tipifica por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, y concretamente en el seno del Derecho tributario (artículo 206 bis de la LGT) una infracción específica para los supuestos en los que se aprecie conflicto en la aplicación de la norma.

3. INFRACCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA

Establece el artículo 206 bis de la LGT, sobre la infracción en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que:

«1. Constituye infracción tributaria el incumplimiento de las obligaciones tributarias mediante la realización de actos o negocios cuya regularización se hubiese efectuado mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley y en la que hubiese resultado acreditada cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) La falta de ingreso dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo de la totalidad o parte de la deuda tributaria.*
- b) La obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo.*
- c) La solicitud indebida de una devolución, beneficio o incentivo fiscal.*

²⁸ Vid., también, la STS de 13 de diciembre de 2016, recurso 2211/2015.

d) La determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros.

2. El incumplimiento a que se refiere el apartado anterior constituirá infracción tributaria exclusivamente cuando se acredite la existencia de igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquel o aquellos otros supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo y éste hubiese sido hecho público para general conocimiento antes del inicio del plazo para la presentación de la correspondiente declaración o autoliquidación.

A estos efectos se entenderá por criterio administrativo el establecido por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 de esta Ley.

Reglamentariamente se regulará la publicidad del criterio administrativo derivado de los informes establecidos en el apartado 2 del artículo 15 de esta Ley.

3. La infracción tributaria prevista en este artículo será grave.

4. La sanción consistirá en:

a) Multa pecuniaria proporcional del 50 % de la cuantía no ingresada en el supuesto del apartado 1.a).

b) Multa pecuniaria proporcional del 50 % la cantidad devuelta indebidamente en el supuesto del apartado 1.b).

c) Multa pecuniaria proporcional del 15 % de la cantidad indebidamente solicitada en el supuesto del apartado 1.c).

d) Multa pecuniaria proporcional del 15 % del importe de las cantidades indebidamente determinadas o acreditadas, si se trata de partidas a compensar o deducir en la base imponible, o del 50 % si se trata de partidas a deducir en la cuota o de créditos tributarios aparentes, en el supuesto del apartado 1.d).

5. Las infracciones y sanciones reguladas en este artículo serán incompatibles con las que corresponderían por las reguladas en los artículos 191, 193, 194 y 195 de esta Ley.

6. En los supuestos regulados en este artículo resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 188 de esta Ley».

Una simple lectura del precepto nos permite constatar que el legislador, si bien la incluye en artículo separado y en el seno del Capítulo II de la LGT que contiene las disposiciones generales sobre infracciones y sanciones tributarias, mantiene la regulación de esta infracción en los términos propuestos desde un principio en el anteproyecto para esta reforma, basando su aplicación en la existencia de un criterio administrativo previo y público²⁹ con el que el supuesto objeto de regularización presenta igualdad sustancial, huyendo de dotar al precepto de una mayor concreción y certeza, tan necesarias en ámbito del Derecho en general y del sancionador en particular, que se habría conseguido basando su regulación en las características del comportamiento sancionado en cuanto elusión tributaria, en atención a criterios tales como la mayor o menor artificiosidad o impropiedad de los negocios utilizados.

Es cierto que el legislador incluye en el citado artículo 206 bis una serie de situaciones que deben resultar acreditadas como consecuencia directa de los actos o negocios en cuya realización se aprecie la concurrencia de conflicto en la aplicación de la norma, sin embargo, nada nuevo aportan respecto de los recogidos en los artículos 191 a 195 de la LGT como constitutivos de infracciones tributarias, así, la falta de ingreso dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo de la totalidad o parte de la deuda tributaria, a que se

²⁹ En cuanto a qué debe entenderse por criterio administrativo, establece el artículo 206 bis.2, segundo párrafo que será «(...)el establecido por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 de esta ley», se refiere por tanto al criterio puesto de manifiesto en el previo informe favorable de la comisión consultiva constituida, de conformidad con el artículo 159 de la LGT, para que la Administración pueda declarar, en su caso, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, informes que deberán publicarse según se disponga por vía reglamentaria.

refiere el artículo 206 bis.1.a) se incluye dentro de la «infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación» del artículo 191 LGT. La obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo (artículo 206 bis.1.b) LGT) encontraría acomodo en el artículo 193 LGT sobre la «infracción tributaria por obtener indebidamente devoluciones». Por su parte, la solicitud indebida de una devolución, beneficio o incentivo fiscal a la que alude el artículo 206 bis.1.c) de la LGT se correspondería con la infracción tributaria regulada en el artículo 194 de la LGT «por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales», y, por último, la determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros, quedaría englobada en la infracción más genérica del artículo 195 de la LGT «por determinar partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes».

Realmente las conductas realizadas en conflicto en la aplicación de la norma tributaria, una vez eliminada de la LGT la imposibilidad de sancionarlas, hubieran podido «castigarse» de acuerdo con las normas que regulan las infracciones y sanciones en la LGT, particularmente con sus artículos 191 a 195, de esta forma se «hubiera obligado a interpretar por parte de la Administración (y de los jueces y tribunales) en qué casos una falta de ingreso o solicitud u obtención de devolución u otros beneficios fiscales conllevaba un grado de dolo o culpa suficiente que resultara merecedor de sanción»³⁰ lo que sin duda, redundaría en el respeto al principio de igualdad que informa nuestro derecho tributario.

Para evitar la evidente duplicidad de infracciones a que daría lugar la aplicación del artículo 206 bis de la LGT, el apartado 5 de dicho artículo establece la incompatibilidad de las infracciones y sanciones reguladas en el mismo con las que corresponderían en virtud de los artículos 191, 193, 194 y 195 de la LGT.

Resulta evidente la intención del legislador de regular de forma completamente autónoma independiente la infracción resultante del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que se aparta abiertamente de las infracciones «tradicionales» contenidas en dicha Ley aun cuando el resultado de unas y otras sea el mismo, por tanto, no será posible acudir a aquellas (me refiero a los artículos 191 a 195 LGT) para completar, ampliar o reducir la casuística ni las consecuencias de las infracciones derivadas del artículo 206 bis LGT.

Como sabemos, el tipo regulado en el citado artículo da cabida a dos situaciones distintas entre sí. El artículo 206 bis.1, letras a) y b) recoge supuestos de daño real a la Hacienda Pública provocado por la falta de ingreso de la totalidad o parte de la deuda tributaria o por la obtención indebida de una devolución, fijando la sanción para ambos casos en una multa pecuniaria proporcional al 50% de la cantidad no ingresada o indebidamente devuelta. Por su parte en las letras c) y d) del citado artículo refleja el legislador dos forma de daño potencial a la Hacienda Pública como son la solicitud indebida de devoluciones, beneficios o incentivos fiscales o la determinación improcedente de partidas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, que serán sancionados con una multa pecuniaria proporcional al 15% de la cantidad indebidamente solicitada o determinada, salvo cuando se trate de la indebida acreditación de partidas a deducir en la cuota o de créditos tributarios aparentes en cuyo caso el porcentaje citado se eleva al 50%.

Redunda en su independencia la calificación de esta infracción (la del 206 bis de la LGT), siempre como grave³¹, para luego asociarle la sanción que, a tenor de los artículos 191 a 193 LGT corresponde a tales infracciones cuando se consideran leves, en caso de infracciones por la falta de ingreso dentro del plazo establecido de la totalidad o parte de la deuda tributaria o la obtención indebida de una devolución derivada de la normativa de cada tributo. En cuanto a las sanciones correspondientes a la solicitud indebida de devoluciones, beneficios o cualquier otro incentivo fiscal, así como a la determinación o acreditación improcedente de partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes, en ambos

³⁰ Vid. LUCAS DURÁN, M.: «Elusión fiscal y sanciones: el nuevo artículo 206 bis LGT (2016)», op. cit., pág. 6.

³¹ Según dispone el artículo 206 bis.3 LGT.

supuestos (artículo 206 bis y artículos 194 y 195 de la LGT) se consideran graves, asignándoseles la misma sanción.

Todo ello en perjuicio del contribuyente puesto que, caracterizándose el conflicto en la aplicación de la norma por la inexistencia de ocultación o engaño alguno por su parte, realizando abiertamente los negocios que quiere aunque estos resultan inapropiados o artificiosos para el fin que se persigue, de conformidad con las pautas generales de la LGT en materia de infracciones y concretamente por aplicación de los artículos 191 a 195 en la mayoría de los supuestos estaríamos ante infracciones leves. En principio y puesto que, como decimos, la sanción aplicable a la infracción grave del artículo 206 bis de la LGT es igual que la que hubiera correspondido de sancionarse tales conductas como infracciones leves en base a los citados artículo 191 a 195 de la LGT, no parece que genere menoscabo alguno para el contribuyente. No obstante, al calificarse como infracciones graves tales sanciones son compatibles con las no pecuniarias reguladas en el artículo 186 de la LGT³², eso sí, nunca podrán sancionarse estas conductas con las penas que para las infracciones graves o muy graves establecen los artículos 191 a 193 de la LGT.

Por su parte, el apartado 6 del artículo 206 bis de la LGT declara aplicable a las infracciones en los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria la reducción de sanciones prevista en el artículo 188 de la LGT, que de otra forma no procedería toda vez que la misma se prevé para las impuestas según los artículos 191 a 197 de dicho texto legal y, como expresamente señala el legislador, éstos en ningún caso serán de aplicación si de infracciones por conflicto en la aplicación de la norma tributaria se trata, aun cuando las situaciones que pueden generar unas y otra sean iguales, gozando las últimas de su propia regulación.

³² Establece el artículo 186 de la LGT que: «1. Cuando la multa pecuniaria impuesta por infracción grave o muy grave sea de importe igual o superior a 30.000 euros y se hubiera utilizado el criterio de graduación de comisión repetida de infracciones tributarias, se podrán imponer, además, las siguientes sanciones accesorias:

a) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a aplicar beneficios e incentivos fiscales de carácter rogado durante un plazo de un año si la infracción cometida hubiera sido grave o de dos años si hubiera sido muy grave.

b) Prohibición para contratar con la Administración pública que hubiera impuesto la sanción durante un plazo de un año si la infracción cometida hubiera sido grave o de dos años si hubiera sido muy grave.

2. Cuando la multa pecuniaria impuesta por infracción muy grave sea de importe igual o superior a 60.000 euros y se haya utilizado el criterio de graduación de comisión repetida de infracciones tributarias, se podrán imponer, además, las siguientes sanciones accesorias:

a) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a aplicar beneficios e incentivos fiscales de carácter rogado durante un plazo de tres, cuatro o cinco años, cuando el importe de la sanción impuesta hubiera sido igual o superior a 60.000, 150.000 ó 300.000 euros, respectivamente.

b) Prohibición para contratar con la Administración pública que hubiera impuesto la sanción durante un plazo de tres, cuatro o cinco años, cuando el importe de la sanción impuesta hubiera sido igual o superior a 60.000, 150.000 ó 300.000 euros, respectivamente.

3. Cuando las autoridades o las personas que ejerzan profesiones oficiales cometan infracciones derivadas de la vulneración de los deberes de colaboración de los artículos 93 y 94 de esta ley y siempre que, en relación con dicho deber, hayan desatendido tres requerimientos según lo previsto en el artículo 203 de esta ley, además de la multa pecuniaria que proceda, podrá imponerse como sanción accesoria la suspensión del ejercicio de profesiones oficiales, empleo o cargo público por un plazo de tres meses.

La suspensión será por un plazo de doce meses si se hubiera sancionado al sujeto infractor con la sanción accesoria a la que se refiere el párrafo anterior en virtud de resolución firme en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, se considerarán profesiones oficiales las desempeñadas por registradores de la propiedad y mercantiles, notarios y todos aquellos que, ejerciendo funciones públicas, no perciban directamente haberes del Estado, comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades de derecho público».

4. Cuando se imponga la sanción prevista en el artículo 202.3 de esta Ley se podrán imponer, además, las sanciones accesorias previstas en el apartado 1 de este artículo.

Debemos hacer referencia también a la modificación que la regulación de esta nueva infracción provocó en el artículo 179.2 de la LGT en el que se incluyó un párrafo (al final de la letra d)), en virtud del cual «(...) en los supuestos a que se refiere el artículo 206 bis de esta Ley, no podrá considerarse, salvo prueba en contrario, que existe concurrencia ni de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones tributarias ni en la interpretación razonable de la norma señaladas en el párrafo anterior» a fin de eximir de responsabilidad al contribuyente.

De alguna forma pudiera parecer lógico que quien utiliza actos o negocios artificiosos para conseguir un resultado fiscal más ventajoso al que le hubiera correspondido de no haberse valido de tales artimañas, no pueda ahora quedar exonerado de responsabilidad alegando que actuó con la debida diligencia o en base a una interpretación razonable. Sin embargo, precisamente serán los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma, en los que el contribuyente no utiliza ocultación ni engaño frente a terceros encauzando su actuación a través de actos o negocios válidos en derecho, donde mayor aplicación práctica podrían tener tales criterios, el de la diligencia debida y el de la interpretación razonable, entrando en el escurridizo límite entre las economías de opción y el conflicto en la aplicación de la norma. Tal como se regula esta infracción, parece claro que el legislador presupone la concurrencia de culpa como efecto directo del criterio administrativo previamente existente si bien, admite prueba en contrario que, acertadamente, permitirá al interesado demostrar que actuó con la debida diligencia o amparándose en una interpretación razonable de la norma. Sin embargo, no podemos obviar que tal regulación invierte la carga de la prueba recayendo ahora sobre el contribuyente, que será quien deba demostrar su inocencia, vulnerándose así el principio de inocencia en virtud del cual corresponde a la Administración probar la culpabilidad del mismo. Como afirma la STS de 14 de diciembre de 2016 «(...) la carga de la prueba de la culpabilidad corresponde a la Administración tributaria, sin que exista una presunción de culpabilidad que deba ser desvirtuada por el obligado tributario sino, todo lo contrario, una presunción de buena fe que debe ser desvirtuada por la Administración»³³.

Ponemos en duda de nuevo la conveniencia de que la regulación de esta infracción tributaria descansa sobre la existencia previa de criterio administrativo público sobre unos hechos con los que exista igualdad sustancial, con independencia de las circunstancias concretas que concurran en cada uno de ellos.

No acaban aquí los problemas que genera el criterio de la Administración. Como sabemos, para apreciar la infracción del artículo 206 bis de la LGT, será necesario acreditar la igualdad sustancial entre el caso objeto de regularización y aquellos supuestos en los que se hubiera establecido criterio administrativo que se hubiese hecho público antes del inicio del plazo para la presentación de la declaración o autoliquidación que corresponda³⁴. Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, el de «igualdad sustancial», cuyo contenido y significado deberá concretarse «a posteriori» por la Administración tributaria que lo aplica y, en su caso, por los tribunales de justicia. En nada beneficia al ordenamiento jurídico, y mucho menos en su ámbito sancionador el uso de tales conceptos, que generan

³³ Fundamento Jurídico 5. Afirma además la sentencia que «(...) existe una constante jurisprudencia que se decanta por entender que no puede considerarse probada la existencia de culpabilidad por el mero hecho no haber existido una interpretación razonable de la norma, y no es suficiente para fundamentar la sanción, porque el principio de presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 179.2 Ley 5812003, entre otras razones, porque dicho precepto no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad por lo que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente» Citando, por todas, la sentencia de 13 de abril de 2016, (recurso de casación 1644/2014).

³⁴ Que según el citado artículo 206 bis .2, in fine, se regulará reglamentariamente.

incertidumbre en el administrado, cuando no abierta inseguridad, constituyendo la base que permita actuaciones discrecionales por parte de la Administración.

Nada se desprende del análisis de las normas encargadas de regular el conflicto de la aplicación de la norma tributaria y su infracción, en torno a la necesidad de que tales informes se refieran a procedimientos en los que haya devenido firme la declaración del conflicto en la aplicación de la norma, por tanto, y a sensu contrario, se puede afirmar que no será necesario tal requisito, debiendo publicarse trimestralmente todos los informes en los que la Comisión consultiva -constituida a tal fin- haya apreciado la concurrencia del referido conflicto, que servirán de base para apreciar la existencia de la infracción tributaria del artículo 206 bis de la LGT. Nos preguntamos qué sucede si con posterioridad a la publicación del informe se anula la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, cómo afecta esta resolución a los expedientes de regulación tributaria en los que se hubiera apreciado identidad con el supuesto que ahora se anula y, en consecuencia, se hubiese sancionado la conducta conforme al artículo 206 bis. Entendemos que la declaración de nulidad de la resolución en virtud de la que se declaró el conflicto en la aplicación de la norma implicará la nulidad de todas aquellas sanciones a las que haya dado origen, toda vez que dicha infracción incorpora como un elemento más de su tipo la existencia del criterio administrativo, y si este deja de ser válido provocará la falta de un elemento esencial del mismo y por tanto su nulidad.

La adecuada comprensión de este apartado requiere un análisis del artículo 12 de la LGT relativo a la interpretación de las normas, que también fue modificado por la ley 34/2015 en virtud de la cual se incorpora un último párrafo a su apartado número 3³⁵, en virtud del cual: «Con carácter previo al dictado de las resoluciones a las que se refiere este apartado, y una vez elaborado su texto, cuando la naturaleza de las mismas lo aconseje, podrán ser sometidas a información pública»

En virtud del citado artículo se atribuye expresamente a la Dirección General de Tributos) DGT la facultad para dictar disposiciones aclarando o interpretando cualquier norma tributaria, disposiciones que vincularán a los órganos y entidades administrativas que se encargan de la aplicación de los tributos, y todo ello sin necesidad de que el contribuyente plantee consulta alguna relacionada con la misma. Es decir, se está facultando a la mencionada Dirección para dictar resoluciones vinculantes sobre asuntos que no se han planteado y que por tanto no tendrán un sustrato concreto anclado a la realidad. En lo que ahora nos interesa, es decir, poniendo en relación este artículo con el 206 bis de la LGT, como la DGT en uso de esta facultad podrá emitir resoluciones aclaratorias o interpretativas declarando la existencia de conflicto en la aplicación de la norma y acordar someterlas a información pública, tales resoluciones podrán servir de base para sancionar aquellos supuestos objeto de regularización tributaria que presenten una igualdad sustancial con el caso objeto de las mismas.

Se confiere así a al citado órgano directivo la facultad de dictar resoluciones vinculantes sobre cuestiones que no han sido objeto de consulta creando doctrina sobre la materia a efectos de poder sancionar los supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. De esta manera, cuando la DGT resuelva que existe dicho conflicto podrá hacer pública esta resolución, considerándose a partir de ese momento criterio administrativo válido para sustentar la infracción regulada en el artículo 206 bis de la LGT, siempre que se acredite la necesaria «igualdad sustancial» entre el caso objeto de regularización y el planteado en la resolución de la DGT.

Parece que si bien el legislador renunció a la reforma del artículo 159 de la LGT³⁶ en virtud de la cual se facultaba abiertamente a la comisión consultiva para dictar informes a

³⁵ Concretamente es el apartado dos del artículo único de esta ley el que recoge esta modificación.

³⁶ Según el anteproyecto de la Ley de Reforma de la LGT el artículo 159 de la LGT se modificaba con el fin de dar cobertura a la nueva redacción del artículo 15 para la configuración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en virtud de la cual se entendía por «criterio administrativo» el establecido en los informes de la Comisión consultiva ya fuera sobre caso concretos o bien a solicitud de la Administración tributaria en virtud de lo

solicitud de la Administración tributaria, da cobertura a dicha posibilidad a través de la reforma del artículo 12.3 de la LGT, ampliándose de forma notoria sus potestades administrativas sancionadores y de control en detrimento de seguridad jurídica y de los derechos y garantías de los contribuyentes.

Por lo demás, lógicamente los informes deberán estar «blanqueados» para evitar vulnerar el deber de secreto y sigilo que opera sobre los datos tributarios de los obligados a los que se refieran tales informes.

4. NECESIDAD DE PREVIO INFORME CONSULTIVO: PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN

Según el apartado segundo del artículo 15 de la LGT, para que la Administración tributaria pueda declarar que los actos o negocios se han realizado en conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario un informe, previo y favorable, de la Comisión consultiva a la que hace referencia el artículo 159 del mismo texto legal, precepto que se desarrolla en el artículo 194 del RD 1065/2007³⁷, de 27 de julio.

De esta manera se prolonga respecto del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, uno de los aspectos más controvertidos del fraude de ley que, junto con la imposibilidad de sancionar tales conductas y a decir de la mayoría de la doctrina³⁸, era la principal causa de la reticencia que mostraba la Administración tributaria a la hora de aplicarlo, en favor de otras figuras como la calificación o la simulación.

El informe al que aludimos se regula en el seno del procedimiento inspector³⁹ de forma que, aunque expresamente no lo especifica la Ley, el conflicto en la aplicación de la norma únicamente podrá aplicarse por la inspección de los tributos en el curso de un procedimiento de inspección, quedando vetada la posibilidad de apreciarlo durante la tramitación de otros procedimientos como los de gestión o recaudación tributaria.

A estos efectos, señala el citado artículo 159 de la LGT que cuando la inspección estime que pueden concurrir las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT, lo notificará al obligado tributario y le concederá un plazo de alegaciones de quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo. Una vez recibidas las alegaciones, y sin plazo preclusivo determinado, se podrán practicar las pruebas que se estimen procedentes (entendemos que tanto a instancia del interesado como de la Administración), tras todo lo cual el órgano que esté tramitando el procedimiento emitirá un informe sobre la concurrencia o no de las circunstancias previstas para apreciar dicho conflicto a tenor del artículo 15 LGT, informe que se remitirá junto con el expediente al órgano competente para liquidar que, si ésta conforme con el tratamiento aplicado, lo remitirá a su vez a la comisión consultiva.

Extraña que las alegaciones del contribuyente afectado se presenten ante el mismo órgano inspector que ha de emitir el informe que después se eleva a la comisión. En dichas alegaciones, evidentemente, el interesado procurará fundamentar que el negocio o estructura negocial jurídica utilizada por el mismo no es susceptible de controversia alguna y por tanto, no procede la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, careciendo de justificación la apertura de expediente informativo a tal fin. Ahora bien, la dicción del artículo 159 de la LGT es clara al señalar que el órgano de inspección, a la vista de las alegaciones y de la prueba practicada en su caso, deberá emitir su informe ya sea en sentido positivo como negativo, convirtiéndose así en un órgano resolutorio, aunque su decisión no será susceptible de contradicción por el interesado, informe que, sólo en caso de

dispuesto en el artículo 159.8 que, como digo, también se modificaba precisamente para introducir dicho apartado, el número 8, en el que se contemplaba dicha posibilidad.

³⁷ Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante RGGI).

³⁸ Vid. por todos, PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude...?», op. cit., pág.7.

³⁹ Concretamente en la Subsección 4ª de la Sección 2ª de Capítulo IV del título III de la LGT, relativa a las disposiciones especiales del Procedimiento de Inspección.

ser estimatorio, se remitirá a la Comisión consultiva. Nos preguntamos si no hubiera sido más congruente, otorgando mayor seguridad jurídica al contribuyente, que las alegaciones se presentasen directamente por el mismo ante la Comisión, y que la Inspección realizaría su informe sin conocerlas, para revestir el procedimiento de mayor contradicción, dotando de igualdad de armas jurídicas a ambas partes, de forma que el órgano consultivo tome su decisión de una forma más aséptica y transparente. Esta idea, en efecto, conllevaría una mayor carga de trabajo para la Comisión, pues conocería tanto de aquellos expedientes en los que finalmente se aprecia conflicto en la aplicación de la norma, como de los que no conllevan su aplicación. Sin embargo, tal como está regulado será la inspección de los tributos quien toma la decisión «primera» que de esta forma adquiere la condición de parte contendiente interesada y se convierte en órgano resolutorio previo al decidir si sigue o no impulsando el procedimiento.

En cualquier caso, y según el tenor de dichos preceptos, si el órgano de la inspección que esté tramitando el expediente aprecia la concurrencia de conflicto en la aplicación de la norma, remitirá su informe junto con el resto del expediente al órgano competente para liquidar y si éste también estimase que se reúnen los requisitos para aplicar dicha figura, remitirá a la Comisión consultiva el citado informe y sus antecedentes, remisión que se notificará al obligado tributario, indicándole la suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector prevista en el apartado 3 del artículo 150 LGT⁴⁰. En caso contrario, es decir si el órgano competente para liquidar (no el que conozca del procedimiento inspector) estimase motivadamente que no concurren dichas circunstancias devolverá la documentación al órgano de inspección que esté tramitando el procedimiento, lo que se notificará al obligado tributario.

De seguir adelante el procedimiento, nos encontramos con la existencia de otro nuevo informe, el que ha de emitir la Comisión consultiva que se constituya a tal fin. Informe de carácter vinculante para la Inspección en el que, de forma motivada, se indicará si finalmente procede o no, en esta fase administrativa, la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Dicho informe se comunicará al órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente que, a su vez, ordenará su notificación al obligado tributario y la continuación del procedimiento de inspección, teniendo en cuenta la calificación, positiva o negativa, que se deduzca del citado informe.

El plazo de la Comisión para emitir este informe es de tres meses a contar desde la remisión del expediente a la misma, plazo que podrá ampliarse en un mes más por acuerdo motivado de la Comisión, que deberá notificarse al obligado tributario y del que también se dará traslado al órgano de inspección. Si transcurrido dicho plazo y en su caso, la ampliación, no se ha emitido dicho informe, se reanudará el cómputo del plazo (antes suspendido) de las actuaciones inspectoras, manteniéndose la obligación de emitirlo. No obstante, se podrán continuar las actuaciones, llegando incluso a dictar liquidación provisional, respecto a los demás elementos de la obligación tributaria que no guarden relación con las operaciones analizadas por la Comisión consultiva.

Como decíamos, el informe tiene carácter vinculante para la Inspección, adquiriendo con ello firmeza la declaración por la que se aprecia o no conflicto en la aplicación de la norma tributaria en esta fase del procedimiento administrativo, por tanto los demás actos dictados en aplicación de estos preceptos no son susceptibles de recurso o reclamación, pero sí los actos y liquidaciones resultantes de la comprobación tributaria, en donde obviamente podrá plantearse nuevamente la procedencia de la declaración del conflicto en la aplicación de la norma.

En cuanto a la composición de la Comisión consultiva, a tenor del artículo 194.4 del RGGI estará integrada por dos representantes de la DGT designados por resolución del Director General de Tributos, uno de los cuales actuará como presidente con voto de calidad, salvo que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria afectase a las normas dictadas por las comunidades autónomas en materia de tributos cedidos, en cuyo caso, los

⁴⁰ La suspensión del cómputo del plazo de duración del procedimiento se producirá por el tiempo que transcurra desde la notificación al interesado hasta la recepción del informe por el órgano competente para continuar el procedimiento o hasta el transcurso del plazo máximo para su emisión (art.194.5 194 del RD 1065/2007).

representantes del órgano competente para contestar las consultas tributarias escritas serán designados por resolución del titular de dicho órgano.

Los representantes de la Administración tributaria actuante serán:

- a) Cuando la Administración tributaria actuante sea la Agencia Estatal de Administración Tributaria, dos representantes de esta designados por el director del departamento competente.
- b) Cuando la Administración tributaria actuante sea una comunidad autónoma, dos representantes de la Administración tributaria autonómica.
- c) Cuando la Administración tributaria actuante sea una entidad local, dos representantes de la entidad local.

En los tres supuestos anteriores, uno de los dos representantes de la Administración tributaria actuante podrá ser el órgano de inspección que estuviese tramitando el procedimiento o el órgano competente para liquidar que hubiese remitido el expediente.

Como vemos, la composición de la Comisión consultiva no deja de ser reflejo de los intereses que se están ventilando en un procedimiento puramente administrativo, y concretamente en el seno de un procedimiento de inspección tributaria. Sus integrantes son, a partes iguales, por un lado «representantes de la Administración», por lo que siempre podrá quedar en entredicho su vinculación directa o indirecta con la existencia de un posible crédito tributario, más aún cuando alguno de los representantes de esas Administraciones puede ser el órgano de inspección que estuviese tramitando el expediente. Por otro lado, tenemos a dos representantes de la DGT, funcionarios administrativos de otro órgano de la Administración General del Estado, de cuyas atribuciones y «excesos» interpretativos ya nos hemos ocupado en algunas líneas en esta obra, que, eso sí, gozarán de absoluta independencia jerárquica de los órganos interesados en el expediente. Nos planteamos si no podría darse entrada en esta Comisión a otros miembros no vinculados tan directamente a la Administración tributaria, juristas que procedan de otros sectores del derecho que puedan aportar una perspectiva nueva y enriquecer con su conocimiento la redacción de estos informes. Tenemos, por ejemplo, a un Consejo de Defensa del Contribuyente que está conformado por reconocidos profesionales en materia tributaria sin vinculación directa con la Administración tributaria que bien podrían aportar a dichos informes su saber científico, colaborando en la difícil tarea de apreciar o no la existencia de esta controvertida figura, tintando de mayor objetividad los resultados de dichos informes.

Por último, al apartado 6 del citado art. 194 del citado RGGI se refiere a la necesaria publicidad que deben tener los informes de la Comisión consultiva, disponiendo que trimestralmente se harán públicos, con la debida reserva de los sujetos afectados, aquellos en los que se haya apreciado la existencia de conflicto, no de los que finalmente no estimen su aplicación, que bien podrían ser igualmente publicados para general conocimiento de la doctrina administrativa en la materia y mejor delimitación de su criterio.

Hasta la fecha, solo hemos podido encontrar publicado un informe, muy extenso eso sí, que data de abril de 2018, en el sitio web de la Agencia Estatal de Administración Tributaria⁴¹, relativo a la consideración de gastos financieros en el Impuesto de Sociedades de financiación extragrupo, informe que se saldó con la apreciación de conflicto en la aplicación de la norma ya que, a juicio de la Comisión: «se concluye que el GRUPO realizó una serie de operaciones que mermaron considerablemente la tributación en sede de la jurisdicción fiscal española, siendo su principal efecto estrictamente tributario. La artificiosidad de las operaciones, consideradas en su conjunto, la inexistencia de efectos económicos relevantes que justifiquen llevar a cabo las referidas operaciones y el ahorro fiscal alcanzado a través de las mismas permiten concluir que concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT».

⁴¹ Otras búsquedas en sitios webs de algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Madrid, Cataluña o Valenciana) han sido infructuosas.

6. BIBLIOGRAFÍA

CALATAYUD PRATS, I.: «Comentario al artículo 15 de la nueva Ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria», Hacienda Canaria, núm. 10, 2004.

FALCON Y TELLA, R.: «El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 CC» Quincena fiscal, núm. 19, 1995.

FERREIRO LAPATZA, J.J.: «El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», Quincena fiscal, núm. 11, 2003.

GARCÍA BERRO, F.: «Sobre los modos de enfrentar la elusión tributaria y sobre la jurisprudencia tributaria en materia de simulación», Revista española de Derecho Financiero, núm. 145, 2010. BIB 2010\118.

GARCÍA NOVOA, C.: La cláusula antielusiva, Marcial Pons, Madrid, 2004.

LUCAS DURAN, M. : «Elusión fiscal y sanciones: el nuevo artículo 206 bis LGT (2016)», Comunicación presentada al IV encuentro de Derecho financiero y Tributario, organizado por el Instituto de Estudios Fiscales en Madrid, 4-5 de febrero, 2016, publicada en Documentos, núm 13, 2016

PALAO TABOADA, C.: La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?», Centro de Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 182, 1998.

RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G.: «El fraude a la ley tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)», Revista de Contabilidad y Tributación, núms. 257-258, 2004.

SANZ GÓMEZ, R. J.: «Una vuelta al debate sobre la posibilidad de sancionar el abuso del derecho tributario: reflexiones a la luz de la propuesta de reforma de la Ley General Tributaria», Revista de Contabilidad y Tributación: comentarios, casos prácticos, núm. 380, 2014.

ZORNOZA PÉREZ, J.: «La simulación en Derecho tributario», en Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo (Dir.: ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J.), Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

MINERÍA URBANA. UN ANÁLISIS DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN CUBA. UNA APUESTA AL DESARROLLO SOSTENIBLE DESDE LA ECONOMÍA CIRCULAR

URBANE MINING. AN ANALYSIS FROM THE JURIDICAL ORGANIZING IN CUBA. A BET TO THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT FROM THE CIRCULAR ECONOMY

Alcides Antúnez Sánchez
Profesor Auxiliar Derecho Ambiental y Derecho Internacional
Universidad de Granma. República de Cuba

Iliany Matos Guerra
Asesora Jurídica de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
República de Cuba

Fecha de recepción: 15/02/2020
Fecha de aceptación: 07/03/2020

RESUMEN: La constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados, lo cual genera que cada año la basura electrónica incremente. Se busca que los residuos electrónicos, no terminen en un vertedero o incinerador, y que más países se unan al buen manejo y tratamiento final a través de la economía circular. La irrupción de la Revolución Científico Técnica y el proceso de internacionalización y de liberalización mundial, ha sido el suceso que ha originado nuevos desafíos políticos, económicos, culturales y sociales a los Estados. Ha traído consigo de forma lenta los paradigmas que caracterizaban a la sociedad industrial, y han ido cambiando al ritmo que ha marcado las continuas irrupciones en la innovación, apoyadas en la tecnología computacional y en la telemática en la 4ta Revolución Industrial. Surgen nuevos productos, nuevos servicios públicos, nuevos modelos de negocios, nuevas necesidades, nuevos retos que en definitiva cuestionan el formato y las claves competitivas de la industria del futuro, en continua construcción y evolución en un mundo global en el siglo XXI, donde “lo verde vende”.

ABSTRACT: The constant technological innovation and the culture of consumerism do that people more and more want to substitute the electric and electronic apparatuses that they utilize for more advanced others, which generates than each year the electronic trash increment. One searches than the electronic residues, do not end up in a drain or cremator, and what else countries join up to the good handling and final treatment through the circular economy. The invasion of the Scientific Technical Revolution and the process of internationalization and of worldwide liberalization, it has been the event that has originated new political, cost-reducing, cultural and social challenges to the States. You have brought along the paradigms that were characterizing to the society industrial of slow form, and they have gone changing the rhythm that you have dialed continuous invasions in the invention, backed up in the computational technology and in the telematics in the 4ta Industrial Revolution. New produces, new public services, new models of business, new needs, new challenges that definitively the format and the competitive keys of the industry of the future, at continuous construction and evolution in a global world in the century question XXI, where what's green sells happen.

PALABRAS CLAVE: desarrollo sostenible, economía circular, minería urbana.

KEYWORDS: Sustainable development, circular economy, urbane mining.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 1. MINERÍA URBANA. ORÍGENES, CONCEPTO, Y DESARROLLO. 2. EL DERECHO AMBIENTAL Y LA MINERÍA URBANA EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN POS DE AVANZAR A LA ECONOMÍA CIRCULAR. 2.1 EL DERECHO AMBIENTAL Y EL DERECHO MINERO, UN ANÁLISIS DE SU RELACIÓN. 3. MINERA EN CUBA. REGULACIÓN, DESARROLLO Y CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3.1 MINERÍA URBANA. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la Revolución Industrial, se aprecia como las prácticas y los avances tecnológicos han impactado en los hábitos de consumo y producción del hombre como ser social, empero también en el ambiente lo ha hecho de una manera sin precedentes, afectandole de manera negativa.

Actualmente, el problema ambiental ha derivado en lo que se conoce desde la palestra internacional como desarrollo sostenible desde el pasado siglo XX, se propone que los sistemas sociales y ambientales tengan la misma importancia que los sistemas económicos, provocando un cambio de paradigma, el que invita a analizar las formas de gestión en cómo las economías pueden producir y consumir bienes y servicios amigables con el ambiente, lo que les permitirá ser más competitivas.

Se aprecia, como a más de 40 años desde el pasado siglo XX, se acuñará una expresión que representaría una revolución en el mundo, al menos desde una dimensión teórica a partir del Derecho Internacional, en la conciencia de la sociedad del momento, en la protección jurídico-política al medio ambiente y en las bases del sistema socio-económico mundial, conocido como desarrollo sostenible. La esencia que propone es buscar un adecuado equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, de tal forma que, como se explica en el citado informe, se satisfagan las necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. (PIÑAR MAÑAS, 2003), (JUSTE RUÍZ, 2005), (PIERRI, 2005)

En consecuencia, se valora como el desplazamiento forzado que hoy acontece en el siglo XXI, originado por los desastres naturales; el desafío que el cambio climático trae consigo el agotamiento acelerado de los recursos naturales, la pérdida de la biodiversidad, y la contaminación ambiental; son algunos de los grandes retos a los que se encuentra enfrentada la humanidad en la actualidad desde el punto de vista ambiental para lograr alcanzar el mega principio del desarrollo sostenible. (LEFF ZIMERMAN, 2008).

Desde la perspectiva jurídica, la extracción de recursos naturales es posible discutir de una crisis del Derecho Ambiental y dentro de este del Derecho Minero, a través de la flexibilización de la normatividad jurídica que ha imperado. Para ello, se analiza como la crisis ambiental, robustecida en el siglo XXI, se representa en normas jurídicas, que contrario a los mandatos constitucionales y legales de protección del ambiente, se reproducen progresivamente hacia el deterioro ambiental, a la extracción de minerales e hidrocarburos sin observar los principios de precaución y prevención de manera adecuada, y a la vulneración de los derechos humanos de comunidades urbanas, rurales y de grupos originarios, sobre en la región de América Latina.

Uno de los últimos pasos de esta evolución en la protección del ambiente en el siglo XXI, hoy se le conoce como economía circular (EC), como el método que busca no sólo una producción sostenible, sino un consumo responsable, que a criterio de los autores está vinculada con la empresa responsable. Como respuesta a este progreso, una nueva economía ecológicamente racional, ecoeficiente e inclusiva, la cual actúa sobre las causas fundamentales de los desequilibrios; es pertinente significar sobre las actuales pautas económicas no solo de producción y consumo, denominada “economía verde”, ha constituido un eje fundamental en la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible de 2012 (Cumbre de Río +20) tal como ha quedado plasmado en su documento denominado “El Futuro que Queremos” desde el pasado siglo XX. (BRUNDTLAND, 1987)

Se procedió para abordar el tema, partir de la revisión de la literatura científica, sustentada en dos criterios, el primero por temas como se desarrolla y el segundo de lo general a lo particular; se revisó la bibliografía jurídica especializada en materia de Derecho Constitucional, Administrativo y Ambiental. Dentro de ello, la minería urbana, la economía circular, el régimen de concesiones de recursos naturales por la multidisciplinariedad y transdisciplinariedad del tema estudiado.

1. MINERÍA URBANA. ORÍGENES, CONCEPTO, Y DESARROLLO

En el siglo XX, ante la constante innovación tecnológica y la cultura de consumismo, hacen que las personas cada vez más quieran sustituir los aparatos eléctricos y electrónicos que utilizan por otros más avanzados que cada día evolucionan, lo cual genera cada año, que la basura electrónica se incremente en los entornos urbanos.

La urbanización, se aprecia cómo ha tenido un proceso más acelerado en países en desarrollo que en los países desarrollados. Por ende, la creciente urbanización concibe una mayor generación de residuos. Estos son materiales desechados por familias, residuos industriales y comerciales, representan un problema que tiene consecuencias en la salud, el ambiente y en la economía local si no se manejan adecuadamente.

El reciclado de los residuos de los aparatos eléctricos y electrónicos o como se le denomina “Minería Urbana”, se aprecia que en el siglo XXI para los países tiene un doble impacto positivo, su uso está demostrado que permite recuperar metales o materiales que son cada vez más escasos y cuya obtención es de relevante importancia para el desarrollo de estas naciones que lo implementan y contribuye a la eliminación de los desechos y con ello la contaminación ambiental. Dada la naturaleza multidimensional del fenómeno estudiado, es la pertinencia del tema que se aborda en el artículo como parte de las políticas públicas de los Estado.

En este análisis que se realiza, se aprecia que la mayoría de los productos electrónicos están hechos por sus fabricantes de recursos valiosos, como metales preciosos, plásticos y el vidrio. Muchos requieren de una energía desarrollada y recursos para fabricarlos. Sin embargo, cuando los equipos electrónicos se destruyen, todos estos materiales valiosos también se descartan, ello se aprecia como son desechados como basura. En última instancia, generan mayor contaminación ambiental, la que requiere que todos estos recursos se utilicen para la fabricación de nuevos productos electrónicos si se fomenta la minería urbana y se implementan las tecnologías para recuperar y darles nuevo uso.

En la actualidad se habla de “la crisis de la basura” caracterizada por un aumento en la generación de residuos superior a la tasa de crecimiento poblacional, con énfasis en ciudades con alta densidad de población que “exportan” sus desechos hacia otros lugares, así como para destacar la disminución del número de vertederos disponibles y los riesgos ambientales y de salud provocados por dichos mecanismos de disposición final.

En contexto, se valora que la concepción del problema de basura, ha evolucionado de forma paralela a la idea que hoy conocemos como sustentabilidad, y cuyos orígenes residen en nociones sociales, económicas y ambientales. Así, la sustentabilidad, definida como “la capacidad de satisfacer las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (BRUNDTLAND, 1987)

Queda claro, que el modelo económico predominante, denominado economía marrón, ha ocasionado el agotamiento de los recursos naturales, la degradación y pérdida generalizadas de los ecosistemas, elementos que han dado espacio para que surja un modelo económico alternativo denominado economía verde y,

dentro de este, la economía circular, tal y como se ha concebido por el PNUMA (2011), hacia una “economía verde”.

GÓMEZ (2018) desde su postura valora “...la minería urbana del término acuñado en los últimos años como Urban Mining (UM) como todas las actividades y procesos relacionados con la recuperación de compuestos, energía y elementos de productos, edificios y residuos generados a partir de ciclos urbanos...”

Se demuestra en este sentido que, a partir de la postura estudiada del autor consultado, a través de la minería urbana se genera un alto impacto ambiental y social de forma positiva, y al mismo tiempo se frena el impacto que estos residuos agresivos generan en el ambiente al degradarse en los basureros o rellenos sanitarios, contaminando con ello las fuentes de agua, los suelos y el aire.

Se justiprecia en este sentido, como la actividad de la minería urbana requiere para su ejecución de un conocimiento adecuado acerca del proceso metabólico de los materiales dentro de los sistemas urbanos para poder planificar en el tiempo y el espacio de su momento de salida, potencial, su reuso o reciclaje inmediato o posterior ante la obsolescencia programada de los equipos electrónicos tirados a la basura, como continuidad del mega principio jurídico “desarrollo sostenible”. (PIÑAR MAÑAS, 2006)

Demanda, en este sentido, para quienes se ocupan de realizar la minería urbana el manejo precautorio como principio y planificado en el tiempo y el espacio del manejo de estos residuos, considerando para ello cantidades, cualidades y complejidad de los residuos; además de una perspectiva distinta al típico manejo de residuos que se ocupa de gestionar los flujos inmediatos de residuos de manera lineal, procurando en un grado u otras ciertas medidas de reciclaje y recuperación de materiales y de energía incorporada desde las empresas que tienen estas tecnologías limpias.

En este mismo sentido, se considera por los autores del artículo que los medios de comunicación con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones (Tic) revelan la preocupación y efectos a nivel mundial que está causando el calentamiento global, los efectos adversos del cambio climático, las nuevas enfermedades y virus que se originan por los nuevos impactos ambientales, cuyos factores, entre otros son la contaminación ambiental que se produce por desarrollo de la tecnología, del desarrollo en la industria, el uso de fertilizantes, de fungicidas, a través de las redes sociales en la web 2.0 en este siglo XXI. Sería una vía para su difusión en la contextualización para alcanzar el desarrollo sostenible.

De aquí que se pondere que sea una necesidad estar capacitado en temas vinculados a esta actividad riesgosa a la salud humana como es la práctica de la minería urbana, a causa de contener esta basura electrónica sustancias tóxicas tales como el plomo, mercurio, cadmio, berilio; entre otros químicos peligrosos agresivos a la salud del hombre, es el papel de relevancia de la formación jurídica ambiental por la academia para desarrollar competencias profesionales, como lo han ponderado autores como MOLANO (2014).

Con ello se justiprecia, su vínculo con el Derecho Ambiental y sus principios que lo informan como el precautorio, prevención, responsabilidad, y legalidad. Aunque, otro principio vinculado al tema es el principio de la responsabilidad ampliada del productor, este principio exige que los fabricantes acepten la

responsabilidad de todas las etapas del ciclo de vida de un producto, incluida la gestión del final de su vida útil, de aquí la necesidad de cumplir con el “principio de legalidad” a través de cuerpos jurídicos que desde el Derecho Público lo establezcan. (JAQUENOD DE ZÖGÖN, 2004), (CAFFERATTA, 2009)

Los autores valoran que para nadie es secreto que la era electrónica-digital llegó para transformar nuestras formas de vivir, esta ha impactado, no sólo en el modo de comunicarnos como seres sociales pensantes, sino que, también en el cómo, cuándo y dónde nos relacionamos, educamos, trabajamos y hasta en el uso de nuestro tiempo libre está presente las Tic. Esta era caracterizada por su evolución tanto en el software (programas y soporte lógico) como el hardware (aparatos y dispositivos), los que evolucionan en todo momento, en el siglo XXI en la web 2.0, hoy con la generación de la 5G.

Hay que señalar, como nota distintiva, que ya algunos de estos materiales que se usan en la fabricación de estos aparatos electrónicos hoy empiezan a ser escasos en el planeta, mientras que en otras ocasiones por el alto valor que están alcanzando en los mercados se ha fomentado la actividad de la minería urbana, como la base del modelo económico: la provisión de materiales para abastecer la incesante demanda de la sociedad de consumo del siglo XXI.

Con el propósito de gestionar los desechos electrónicos, se analiza como la ONU con el Programa de Medio Ambiente (2015), la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, algunas Universidades del mundo y empresas como Dell, Microsoft, HP y Philips, crearon la iniciativa “solucionar el problema de la basura”. Este proyecto internacional se valora como ha buscado, homogenizar los procesos de reciclado en el mundo con el fin de que los componentes valiosos sean recuperados, vinculado a modo de ver por los autores del artículo, con los instrumentos económicos, como es el caso de la implementación de la “contabilidad ambiental” a los sujetos de gestión que lo ponderan.

De aquí que se justiprecie que la actividad de la minería urbana tiene una serie de beneficios, al permitir evitar la dependencia del incremento de los precios de estas materias recicladas. Además, también se reducen las importaciones y se evita el agotamiento o escasez que se está comenzando a producir en determinadas materias primas en el mundo. Y su principal función mitigar la contaminación ambiental.

Por consiguiente, la minería urbana, se considera que permite incidir en el avance del concepto de Economía Circular (EC) ya que estas materias primas pueden volver de nuevo a utilizarse y tener otra vida útil en otros dispositivos u objetos como son los teléfonos celulares, en las computadoras, en televisores, etc. Otro de sus beneficios que se aprecian con la recuperación de materiales y el reciclado de metales en comparación con la minería en términos de uso de la tierra, de consumo de energía, emisión de sustancias peligrosas, generación de residuos y emisiones de dióxido de carbono, principal gas de efecto invernadero. Con la misma se aprecia que los sujetos de gestión que la aplique tendrán un valor agregado en su empresa, con ello serán más competitivos en el mercado, muy exigente en el siglo XXI en el tema de los productos ecológicos o respetuosos con el ambiente.

Lo cual es observado desde su posición por FARBIARZ MAS (2018), al valorar el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación es un tratado

multilateral destinado a suprimir los patrones de comercialización de desechos peligrosos que son ambiental y socialmente perjudiciales. Pero la exención reglamentaria del Convenio de Basilea sobre equipos destinados a la reutilización es totalmente compatible con su principal objetivo ambiental para evitar la generación de residuos, ya que la reutilización prolonga el ciclo de vida y mitiga la generación de residuos peligrosos, aquí se asevera por los autores del artículo su dimensión aplicativa en esta caracterización.

Lo acontecido en la Conferencia de las Partes (COP 13) no pudo llegar a un consenso final en este particular. Lo que, a criterio de los autores en sus análisis, tiene necesariamente una dimensión normativa que pondere el “principio de legalidad” para minimizar los efectos adversos.

La obsolescencia programada: u “obsolescencia planificada” como se le conoce, es la programación del fin de la vida útil de un producto o servicio, de modo tal que tras un período de tiempo calculado de antemano por el fabricante o por la empresa durante la fase de diseño de dicho producto o servicio, éste se torne obsoleto, no funcional, inútil o inservible.

La economía verde: un sistema de actividades económicas relacionadas con la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que resulta en mejoras del bienestar humano en el largo plazo, sin, al mismo tiempo, exponer las generaciones futuras a riesgos ambientales y escasez ecológicas significativas. Es caracterizada por un substancial aumento de las inversiones en sectores verdes, apoyadas por reformas políticas que sean instrumentales para esto.

Estas inversiones ofrecen un mecanismo para la reingeniería de los negocios, de la infraestructura, de las instituciones y la adopción de procesos de producción y consumo sostenible. Dicha reingeniería conduce a una mayor participación de los sectores verdes en el Producto Interno Bruto, más y decentes empleos verdes, menor uso de energía y materiales en la producción, menor generación de desechos y contaminación y emisiones de gases de efecto invernadero muchas más bajas.

Nos lleva a señalar el entendido que la “economía verde”, incorpora al modo de producción actual variables medio ambientales y sociales, lo que no supone que esté directamente en contra de las ideas de libre mercado o de crecimiento como parte de los instrumentos económicos. El concepto de “economía verde” queda claro que no sustituye al de “desarrollo sostenible”, pero si es un camino para alcanzarlo. Es un conjunto de modos de producción, donde se premia la búsqueda de maximizar la producción, tomando en consideración variables que son ignoradas a la hora de establecer un negocio, como la conservación de los recursos naturales y la erradicación de la pobreza. (MARTÍNEZ y PORCELLI, 2017)

En consecuencia, se asevera que la relación entre crecimiento y el deterioro del medio ambiente es compleja, y depende de varias variables y de su evolución. Las más importantes son la evolución del tamaño de la población humana, el patrón de consumo (sobre todo de los países ricos) y una mezcla entre el nivel tecnológico y el uso que se haga de este, lo cual requiere inversiones públicas y privadas en I+D+i para mejorar la fabricación industrial, el mantenimiento, el control de calidad, la logística y la distribución con la 5G en la web 2.0. (TORRENT, 2008)

La economía lineal: sistema de producción vigente se basa principalmente en un proceso lineal de consumo de recursos. Bajo el paradigma “take-make-waste” (extraer-fabricar-consumir-eliminar), los bienes son producidos a partir de las materias primas, luego vendidos, utilizados y finalmente desechados como residuos, lo que ocasiona no solo el agotamiento de los recursos naturales sino también la generación de toneladas de basura. (GARCÍA GARCÍA, 2016)

En consecuencia, pueden identificarse las siguientes limitaciones al modelo lineal como los riesgos de precios: hacia finales del milenio los precios de los recursos naturales comenzaron a ascender y mientras la población crecerá, la urbanización se incrementará y los costos continuarán en aumento; y las pérdidas económicas y residuos estructurales: la economía actual genera una gran cantidad de residuos. En este contexto analizado, cada vez son más los que reclaman un cambio de modelo industrial que desvincule los ingresos del consumo de materias primas y que sea capaz de ofrecer sistemas económicos resilientes: a ello apunta la economía circular como nuevo paradigma para la Administración Pública. (GARCÍA GARCÍA, 2016)

La economía circular: en su evolución lógica en oposición a la lineal, el presente y el futuro del principio de desarrollo sostenible. Es cambiar del modelo lineal por uno circular, que devuelva lo que consideramos residuos a la categoría de materia prima y reutilizarlos hasta que realmente lo sean, es la esencia de ésta nueva estrategia. Es un paradigma que tiene como objetivo generar prosperidad económica, proteger el medio ambiente y prevenir la contaminación, facilitando así el desarrollo sostenible. Es por eso que este modelo se apoya en el principio de las 3 Rs (Reducir, Reusar, Reciclar), aplicable a todo el ciclo de vida de los productos. (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2019)

En este estudio, se analiza el origen de la economía circular (EC), esta no se remonta a una única fecha o a un único autor. Desde finales de la década de los 70' del pasado siglo, sus aplicaciones prácticas en los sistemas económicos y procesos industriales modernos han cobrado impulso, han ido desarrollándose a lo largo del tiempo y continuará en el futuro del siglo XXI. Se define a partir de las siguientes características fundamentales: los residuos se eliminan del diseño (basura=alimento); la diversidad genera solidez y la energía necesaria para impulsar la economía circular debe ser de carácter renovable, para reducir la dependencia de los recursos e incrementar la resiliencia de los sistemas. (PEARCE, 1989)

La EC no es un concepto nuevo, aunque ha llamado la atención de la comunidad científica y empresarial en los últimos años, debido a su implementación como política estratégica para países desarrollados como Alemania, China, Japón, la Unión Europea, entre otros. Hay que resaltar en el cuerpo del artículo que en varios campos de estudio y disciplinas han sumado esfuerzos para impulsar el cambio del sistema económico lineal y clásico, al paradigma circular, algunas de ellas son: la Ciencia de la Administración, con el desarrollo de modelos de negocio alternativos y sostenibles; la Ingeniería, a través de la simbiosis industrial; el Diseño Industrial, con la estrategia "Cradle to Cradle" y la biomímesis, entre otros, de aquí que se pondere la transdisciplinariedad que tiene el tema que se aborda. También, puede afirmarse que la EC tiene como su gran aliada a las herramientas de las Tic y en especial a internet, ya que le permite la colaboración e intercambio de

conocimiento más eficientes en la web 2.0, hoy potenciada a través de la quinta generación (5G). (SHILLER, 2014)

La EC, es un sistema industrial restaurador o regenerativo por intención y por diseño “ab initio”, sustituye el concepto de “caducidad” por el de “restauración” distinguiendo entre ciclos técnicos y biológicos. Se desplaza hacia el uso de energías renovables, eliminando el uso de químicos tóxicos, que perjudican la reutilización y el retorno a la biosfera, es su finalidad para su aplicación por la Administración Pública.

La EC presenta una perspectiva ambiciosa, desafiante y más atrevida que la economía verde (una economía eficiente en recursos) puesto que requiere la transformación radical de los medios de producción, de las cadenas de suministro, de la cultura y de los hábitos de consumo a nivel planetario. Los componentes del ciclo biológico son biodegradables, por lo que se pueden introducir en la naturaleza después que su valor de uso ya no sea rentable. Los componentes de ciclos técnicos son poco aptos para volver de inmediato a la naturaleza, por lo que son reutilizados una y otra vez, aplicados dentro de la ciudad inteligente. (BOUSKELA, et al. 2016)

Cerrando las ideas estudiadas, se pondera que la EC es un modelo económico basado en el principio de cerrar el ciclo de vida de los recursos de forma que se produzcan los bienes y servicios necesarios al tiempo que se reduce el consumo y el desperdicio de energía, agua y materias primas. Este modelo de ciclos cerrados de producción y consumo conserva los recursos naturales y contribuye al desarrollo sostenible. Su fin es adoptar una postura de durar, reparar y reciclar, donde los productos están diseñados para durar, sean reparados y continuar su uso. Cuando termine su vida útil serán fácilmente desmontados y sus componentes recuperados y devueltos al ciclo de producción industrial.

También, las medidas existentes en ecodiseño y ecoetiquetas, sobre todo en dispositivos electrónicos y anunció una Guía para la Transición hacia una EC en referencia a las Mejores Técnicas Disponibles para varios sectores industriales. (MARTÍNEZ y PORCELLI, 2018). De aquí que se valore que es el salto de lo que se pondera con el fomento de las empresas responsables o amigables con el ambiente. (FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2008), (SANZ LARRUGA, 2016)

El objetivo económico de la EC es reducir los costes de materias primas y energía del sistema de producción-consumo económico, gestión de residuos y costes de control de emisiones, riesgos de la legislación / imposición (medio ambiental) e imagen pública, así como innovar diseños de nuevos productos y oportunidades de mercado para negocios, aquí entra a ponderarse la contabilidad ambiental. El objetivo social es la economía colaborativa, y el aumento del empleo verde. (PNUMA, 2008)

Luego de haber abordado los elementos referenciados up supra, se valora la conveniencia de la aplicación de la gestión de calidad y gestión ambiental bajo la pertinencia de las normas técnicas ISO 9001, 14001, y 26 000 respectivamente. Y por supuesto, bajo la impronta del control público ambiental, a través de la función inspectiva y la auditora (ANTÚNEZ SÁNCHEZ Y RAMÍREZ SÁNCHEZ, 2019).

Permite a los autores para cerrar que, el problema de basura está en constante evolución de acuerdo a los criterios conceptuales analizados. El cambio de la visión o percepción de la basura, implica transformaciones a las

políticas públicas y los instrumentos utilizados para atender esta problemática social en los entornos urbanos. Por ende, se arguye que la gestión de los residuos deberá estar basada en criterios de eficacia y eficiencia ambiental, tecnológica, económica y social. Donde participan en su gestión actores públicos y privados.

2. EL DERECHO AMBIENTAL Y LA MINERÍA URBANA EN EL CONTEXTO DEL PRINCIPIO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN POS DE AVANZAR A LA ECONOMÍA CIRCULAR

En la Conferencia de Río de 1992 es el momento en que aparece con fuerza la idea del “desarrollo sostenible”. Veinte años después, aparece la idea de “economía verde”, en la Conferencia de las Naciones Unidas del 2012. Por ello, es una necesidad alcanzar el desarrollo sostenible en el siglo XXI, desde el Informe “Nuestro Futuro Común” en 1984, se señala como el mega principio del Derecho Ambiental, el paradigma es cómo establecer políticas públicas para concretarlo. (LOPERENA ROTA, 2003), (SANZ LARRUGA, 2011)

En este sentido, se analiza el legado del profesor MARTÍN MATEO (1991), el que en sus estudios sobre el mega principio -desarrollo sostenible- considera: el sector privado (incluidas las grandes empresas y las pequeñas) tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles (Principio 24), y que las empresas del sector privado deben cumplir la obligación de rendir cuentas, en un entorno reglamentario, transparente y estable (Principio 26).

En consecuencia, se aprecia en este estudio, que son dos puntos indispensables por ser pertinentes para lograr alcanzar el desarrollo sostenible:

Primero, comprender que el crecimiento económico solo no basta para resolver los problemas del planeta: los aspectos económicos, sociales y ambientales de cualquier actividad están vinculados. Considerar únicamente uno de ellos a la vez da por resultado errores de juicio y de resultados insostenibles. Concentrarse sólo en los márgenes de utilidad, por ejemplo, históricamente ha causado daños sociales y ambientales que en el largo plazo le cuestan a la sociedad. Pero cuidar del medio ambiente y proporcionar los servicios que necesita la ciudadanía depende de los recursos económicos, al menos en forma parcial.

Segundo, la naturaleza inter vinculada del desarrollo sostenible requiere que se trasciendan fronteras, ya sean geográficas o institucionales, para coordinar estrategias y tomar decisiones adecuadas. Los problemas rara vez están circunscritos a jurisdicciones definidas previamente como una dependencia del gobierno o un vecindario particular; y las soluciones inteligentes exigen que haya cooperación como parte del proceso decisorio.

Empero, en el núcleo duro del desarrollo sostenible se justiprecia que está en la necesidad de considerar los tres pilares juntos: la sociedad, la economía y el medio ambiente. En el plano jurídico, se valora que la idea fundamental del desarrollo sostenible es la vinculación entre el bienestar de la generación actual y el bienestar de las futuras generaciones. En ello, se aprecia que los sistemas de valores no han tomado en cuenta a la naturaleza y se han desbocado en una

irracional carrera por el consumismo como estilo de vida y desarrollo sin una adecuada responsabilidad ambiental por parte de los sujetos de gestión, que les permita ser certificada como empresa responsable con el ambiente.

En consecuencia, se valora que alcanzar el principio del desarrollo sostenible es considerado en la actualidad como el paradigma jurídico más acuciante dentro del Derecho Ambiental, la lectura de la doctrina Hispanoamericana viene señalando que el desarrollo sostenible se encuentra en la base de la categoría de “instrumentos de mercado de carácter cooperador”, que compatibilice la tutela ambiental con el crecimiento de la economía, de aquí la articulación del Derecho Administrativo Ambiental y en su evolución con la EC. Estos elementos valorados, se justiprecia que han permitido que se vaya consolidando como principio general del Derecho Administrativo Ambiental, a partir de la actualización de las técnicas jurídicas de tutela ambiental con la gestión compartida en el medio ambiente. LOPERENA ROTA (2003), MORENO PLATA (2010), MORA RUÍZ, et al. (2012), RODRIGO, (2015), SANZ LARRUGA, (2016)

El reto es desarrollar una sociedad ante los desafíos que se presentan para lograr el desarrollo sostenible al valorarle como “...aquel que satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las necesidades esenciales de las generaciones futuras...” En este sentido, se apuesta por implementar la EC toda vez que como teoría económica apuesta por la supervivencia del hombre como ser social.

2.1 EL DERECHO AMBIENTAL Y EL DERECHO MINERO, UN ANÁLISIS DE SU RELACIÓN

El primer tema Derecho Ambiental: su origen se ubica en la década de los 70' del siglo pasado a partir de la Cumbre en Estocolmo, comienza a introducirse la normativa ambientalista en el ordenamiento jurídico de un gran número de países, siendo el punto de conexión con el Derecho Internacional. Al que también se le denomina Derecho del Medio Ambiente o Derecho Ecológico, definido por diferentes autores desde perspectivas distintas como MARTIN MATEO (1991); BRAÑES BALLESTEROS (2003); CAFERRATA (2004); ORTEGA ÁLVAREZ (2012), DE BESA ANTUNES (2013), entre otros autores estudiosos de los temas ambientalistas en la región de Iberoamérica. Aunque los autores valoran que esta rama del derecho tiene vieja data, lo demuestran los estudios históricos vinculados a la naturaleza y el devenir de los pueblos originarios.

Por consiguiente, se asevera que el Derecho Ambiental, se caracteriza por tener relaciones con otras ramas del Derecho, donde en esta interrelación de carácter dialéctico, le aportan elementos que desarrollan tanto del Derecho Ambiental, como al resto de las ciencias jurídicas que se relacionan con él. Regula las conductas humanas con implicaciones ambientales, recoge conocimientos científicos que se han generado en el Derecho Internacional como su génesis, con el Derecho Constitucional como asidero principal, y con el Derecho Administrativo, Derecho Mercantil, Derecho Económico, Derecho Civil, Derecho Agrario, entre otras; confiriéndole una lectura distinta a la que otras ramas del Derecho pudieron haber hecho de los mismos, y luego de haberle dado el alcance que le corresponde, de acuerdo con su objeto los combina para

formar un cuerpo nuevo y unificado que se materializan en el conjunto de categorías reguladas en el sistema normativo ambiental. Combina para formar un cuerpo nuevo y unificado que se materializan en el conjunto de categorías reguladas en el sistema normativo ambiental a través de un Código Ambiental. (PAREJO ALFONSO et al. 2004)

En consecuencia, aún y cuando el Derecho Ambiental se manifiesta a través de los actos jurídicos que le son propios, mucha de su normativa legal se encuentra dispersa en el resto de las ramas que conforman el sistema jurídico. Lo que se justifica atendiendo a que ninguna norma jurídica pertenece de una manera exclusiva y excluyente a una rama del Derecho determinada, consideradas bajo diferentes enfoques que son válidos tanto para el Derecho Ambiental como para otras disciplinas jurídicas que la contengan, pues no resulta factible fijar exactos límites entre ellas; realmente puede existir una zona común en sus fronteras. (CAÑIZARES ABELEDO, 1970)

Al estudiar la obra de la catedrática JACQUENOD DE ZSOGÖN (2001), considera al Derecho Ambiental como "...la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la relación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del medio ambiente..." En este mismo contexto, sigue señalando "...sería aventurado afirmar que el derecho ambiental se perfila como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, puesto que éste es un sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados; por tanto, adquiere relevancia en la medida en que se integra a un circuito de normas, a una interconexión progresiva de preceptos cuyo principio y fin es la construcción..."

Además, se valora que tampoco podría decirse que forma parte de una rama especial del Derecho Público, ya que es difícil mantener la tradicional separación entre el régimen jurídico público y el privado debido a la infiltración de las instituciones jurídico-públicas en el régimen que rige las relaciones entre los particulares, y a una privatización de las reglas que presiden la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones. Para la autora estudiada, el Derecho Ambiental es definido como la disciplina jurídica que investiga, estudia y analiza las diferentes relaciones entre los bienes naturales y la actividad antrópica, orientando la regulación jurídica de las conductas y actitudes humanas respecto al uso, explotación y aprovechamiento de recursos naturales, conservación de la naturaleza y protección del ambiente. Algunos autores consideran que el Derecho Ambiental es una rama autónoma del Derecho, debido a que cumple con los requisitos que suelen apuntarse como necesarios para considerar que una disciplina es autónoma.

Desde el plano jurídico, se pondera que los elementos abordados son reforzados con el reconocimiento jurídico del pluralismo jurídico. De Jure, al otorgarse derechos a la naturaleza como sujeto, la pacha mama dentro del sumak kuasay en los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador en la región de América Latina, como referentes en sus cartas políticas de este siglo XXI, lo diferencian con otras naciones donde el Derecho Ambiental tiene un mayor desarrollo dentro del concepto del buen vivir, ponderado desde los pueblos originarios como ya ha sido referido. (SCHAVELZON, 2015), (DÍAZ OCAMPO y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, 2018)

Implica, a criterio de los autores del artículo la necesidad de construir un nuevo concepto de naturaleza, superar su imagen cosificada como res extensa instaurada por el derecho positivo moderno; de una naturaleza susceptible de ser manipulada, sometida, dominada, controlada, explotada. Se trata de sustituir los principios inconvencionales e inamovibles del Derecho Privado, por un proceso abierto al juego de valores e intereses sobre la conservación, uso y transformación de la naturaleza, con procedimientos jurídicos flexibles para dirimir conflictos de intereses contrapuestos y para alcanzar un bien público basado en el reconocimiento de sus diferencias, en este caso del Derecho occidental.

El Derecho Ambiental, al estudiar lo ponderado por los autores estudiados en la revisión bibliográfica, se arguye que hay similitudes en ponderar que no es sólo el conjunto de normas que aseguran el uso controlado de la naturaleza, sino aquel que regula los intereses en conflicto en torno a las estrategias diferenciadas de apropiación de sus recursos, donde se inscriben los derechos territoriales y culturales de los pueblos. El derecho a un ambiente sano es fundamental porque es humano. Significa que su valor fundamental no tiene fuente distinta a su consustancialidad con el ser humano, que, forjado en un crisol de avatares biológicos, históricos, sociales y axiológicos, irremediablemente perdería su condición humana si fuese despojado de sus derechos fundamentales, a partir de su reconocimiento entre los derechos de solidaridad. (ROSA MORENO, 2000), (BELTRAO, 2011), (BELLORIO CLABOT, 2013), (GÓMEZ SÁNCHEZ, 2014), (PEÑA CHACÓN, et al. 2019)

El Derecho Minero, representa la delegación que el Estado hace al privado de la operación de los recursos naturales, en este caso de la explotación de las minas. Tiene que ser un acto expreso proveniente del Estado, que se materializa a través de una concesión minera. Es aquel que el Estado expresamente delega al particular, mediante el cual le brinda un derecho personal a conducir actividades mineras por intermedio de un título minero, que debe seguir ciertas solemnidades, tales como su inscripción en el registro minero. Así mismo, este título tiene restricciones en cuanto se refiere a la libertad de transferencia, puesto que es el Estado quien debe autorizar expresamente dicho acto. (JUNCEDA MORENO, 2001)

La actividad minera, como la gran mayoría de las acciones humanas, ocasiona daños inmediatos a la

naturaleza, sin embargo, es una importante fuente de obtención de riquezas que contribuyen al logro

de la sustentabilidad. Para adentrarnos en la minería urbana, tenemos a bien abordar de primer orden al Derecho Minero, quien para autores como GAY BARBOSA y GONZÁLEZ (2014) señalan "...ordenamiento jurídico autónomo que con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad..."

En su expresión en el ordenamiento jurídico, con contenido económico y político, regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad.” Regula las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes directa o indirectamente en toda la actividad de exploración, adquisición, producción, explotación, comercialización, transformación y aprovechamiento de recursos naturales no renovables estableciendo derechos, obligaciones y procedimientos en armonía con la naturaleza con el objeto de obtener el abastecimiento y beneficios a distribuir equitativamente entre los distintos sectores intervinientes y el desarrollo integral de la sociedad.

3. MINERA EN CUBA. REGULACIÓN, DESARROLLO Y CARACTERIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para su mejor comprensión la minera en la nación cubana, será analizada por etapas, a partir de la diversidad de procesos tecnológicos extractivos, relacionados con la recuperación de oro, cobre, plata, plomo y zinc, a partir de sus yacimientos minerales principales. En tal sentido, estos procesos extractivos provocan cambios de tipo ambiental y social, que es preciso tener en cuenta en el momento de diseñar políticas ambientales.

La isla de Cuba, tiene una larga trayectoria minera dado sus recursos que posee. A la llegada de los conquistadores españoles, los profesores TORRES-CUEVAS y LOYOLA-VEGA (2006), señalan que los nativos de los pueblos originarios practicaban la llamada minería recolectora con la obtención de pepitas de oro directamente de los aluviones de los ríos. Permite justipreciar que, aunque los aborígenes cubanos reconocían los ríos como los sitios idóneos para su recolección, no es hasta la llegada de los conquistadores que en Cuba existió una verdadera actividad minera.

Aunque, se destaca que el Barón ALEJANDRO DE HUMBOLDT no hizo mención alguna de la actividad minería en su ensayo político sobre la isla de Cuba (1827); y en su correspondencia privada con el capitán general de la isla afirmó: “en un país cuya verdadera riqueza consiste en la agricultura... el trabajo en las minas sólo convidaría a la holgazanería en menoscabo de aquella”. (CALVACHE, 1944)

Colonia Española desde 1511-1898: La etapa inicial de la colonización se caracterizó por la extracción de oro, ello ocurre en las zonas de Bayamo, Jobabo, Guáimaro, Arimao, Agabama y Jaruco. (SOTO-GONZÁLEZ, 1981). En este momento histórico estudiado, fue promulgada la Ley de Minas dictada el 6 de julio de 1859 y las bases generales para una nueva legislación de minas, aprobadas por el Real Decreto de 29 de diciembre de 1868. Ambas disposiciones jurídicas tendrían carácter de interinidad hasta la aprobación de una Ley de Minas especial para las provincias de Ultramar que, sin embargo, hay que resaltar que nunca llegó a emitirse La Ley de Franquicias mineras de 1883,

concedía la exención total de derechos arancelarios por 20 años en la importación de efectos destinados a la industria metalúrgica en la nación.

Con la neocolonia desde 1902-1958: en este periodo la pequeña minería del oro en Cuba se centró fundamentalmente en la región de Villa Clara y en Holguín, siendo esta última la de mayor importancia para el país. Aunque, hay que significar que la actividad minera en Cuba, se aprecia como comienza a desarrollarse a partir del 1902, al incrementarse la extensión de la mina “El Cobre”, en la localidad del mismo nombre, y con ello comenzar la explotación de hierro y manganeso en la región oriental. Posteriormente, se valora como comenzó la explotación del yacimiento de Matahambre en la antigua provincia de Pinar del Río (explotada desde 1913 hasta 1997). En la década del 40' del pasado siglo, se comienza la explotación de laterita para la extracción de níquel más cobalto y otros minerales. (SOTO-GONZÁLEZ, 1981)

Esta actividad extractivista, fue estimulada por el desarrollo de la Revolución industrial inglesa, se aprecia como la minería del cobre experimentó en Cuba un importante crecimiento en el segundo tercio del siglo XIX. Como consecuencia, la isla se convirtió en uno de los grandes productores mundiales de mineral. Aunque, el ciclo del cobre cubano del XIX fue relativamente breve: se inició en torno a 1830 y puede darse por finalizado en 1868. (SALTERAIN, 1883), (FRANCO,1975), (SOTO GONZÁLEZ, 1981)

LE RIVEREND (1992) juzga determinante en el mismo el desarrollo de la industria metalúrgica pesada en Estados Unidos, precisamente coincidiendo con el período de inactividad productiva en Cuba. La fuerte demanda de materias primas y recursos mineros para alimentar dicha industria, despertarían nuevamente los intereses industriales, orientándose hacia las reservas de Cuba, sobre las que los geólogos norteamericanos ya habían realizado estudios. Que reflejados en la minería en Cuba se reguló dentro del ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley de Minas de 1859 y el Decreto Ley de Bases Generales para la Nueva Legislación de Minas de 1868, así como con más de 20 cuerpos jurídicos que hasta el año 1966, cuerpos legales que regularon la política jurídica en materia de Derecho Minero por el Estado, lo refleja la historia de la nación cubana, vinculada a la materia de estudio en este artículo.

A partir de 1959: se parte de la carta política cubana, la preocupación y ocupación del Estado cubano en cuanto a la protección de los recursos naturales, esta se consagró en el artículo 27 de la Constitución de la República, de 1976: “[...] el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible. Para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras[...]”.

En este texto jurídico superior, quedó clarificado que las minas son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo, así quedó recogido en el artículo 15 de la Constitución de 1976, y le corresponde al Estado el dominio inalienable e imprescriptible del subsuelo, las minas y todos los recursos minerales, como declara el artículo 4, de la Ley No. 76 de 1994, Ley de Minas en cuanto a la forma de propiedad de los recursos naturales.

No cabe dudas que, con este elemento aquí se consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitaron los

órganos competentes para intervenir en la protección ambiental inspirados en el desarrollo sostenible, se ordenó la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras, con lo que la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad trascienden al texto constitucional. (CÁNOVAS GONZÁLEZ, 2011)

Como se aprecia, el Estado cubano estableció un modelo institucional nuevo, sustentado en una instancia coordinadora de gestión ambiental, coexistiendo con la distribución de competencias previas respecto a los recursos naturales y a los sub sistemas ambientales, rectorados por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) cuando se creó dentro de los organismos de la Administración Pública en la década de los 90', del siglo pasado. (REY SANTOS, et al. 2017)

El derecho a un medio ambiente sano actúa como límite al ejercicio de los derechos. Dentro del ordenamiento jurídico cubano, de acuerdo a la Ley No. 59, Código Civil, todo derecho, incluido el de propiedad, debe ejercerse de acuerdo a su contenido social y finalidad, conforme a su destino socioeconómico (artículo 129), de modo racional (artículo 132), y dentro de los límites generalmente admitidos (artículo 170.2). De modo más preciso, refiriéndose específicamente a la protección del ambiente como límite al derecho de propiedad, se reconoce de forma explícita a lo dispuesto en la legislación ambiental, pues en el artículo 131.1, faculta al propietario del terreno para que haga en él obras, plantaciones y excavaciones, con las "limitaciones" establecidas en las disposiciones legales, haciendo especial referencia a las relativas a la "...pro-tección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente". En segundo apartado del propio precepto obliga al titular del predio a adoptar las mayores precauciones a fin evitar todo "...peligro, daño, contaminación o perjuicio a las personas o a los bienes". (REY SANTOS, et al. 2017)

Ya se señalaba que el derecho a un medio ambiente sano no está formulado de forma expresa en el texto constitucional, pero el mismo se hace explícito en la Ley de Medio Ambiente, Ley No. 81 de 1997, que lo recoge como uno de los principios que la inspiran, a partir del cual deben ser interpretados sus preceptos (artículo 4, inciso a) de este cuerpo jurídico. Norma Legal que actualiza principios, objetivos y conceptos básicos de la política ambiental cubana, el marco institucional y los instrumentos para su materialización, las atribuciones, funciones y deberes de los órganos y organismos estatales y en general, los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas. La misma cubre un amplio espectro que incluye 163 artículos. Regula los "principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los individuos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país".

En el siglo XXI: la novedad aparece en el 2019, con el nuevo texto constitucional en su artículo 11, señala que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, inciso b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país. El artículo 16, sobre las relaciones internacionales de Cuba, se regula en el inciso f) promueve la protección y conservación del medio ambiente y el enfrentamiento al cambio climático, que amenaza la sobrevivencia de la especie

humana, sobre la base del reconocimiento de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; el establecimiento de un orden económico internacional justo y equitativo y la erradicación de los patrones irracionales de producción y consumo. En el artículo 23 se establece: Son de propiedad socialista de todo el pueblo: las tierras que no pertenecen a particulares o a cooperativas integradas por estos, el subsuelo, los yacimientos minerales, las minas, los bosques, las aguas, las playas, las vías de comunicación y los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica exclusiva de la República. El artículo 75, por su parte dispone: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado. El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. También, en el artículo 90, se establece: El ejercicio de los derechos y libertades previstos en esta Constitución implican responsabilidades. Son deberes de los ciudadanos cubanos, además de los otros establecidos en esta Constitución y las leyes: inciso j) proteger los recursos naturales, la flora y la fauna y velar por la conservación de un medio ambiente sano.

En este particular, se analiza la postura de la catedrática CUTIE MUSTELIER (2019), quien refiere sobre este texto constitucional, que actualiza, completa, amplía de manera significativa y sustancial el catálogo de derechos, se logra una ordenación coherente y sistémica, evitando la dispersión o atomización de estos por la preceptiva constitucional, al agruparlos bajo el rótulo de derechos sin adjetivos o sea elimina el calificativo de fundamentales y les confiere a todos los derechos igual jerarquía y valor pues todos independientemente de su naturaleza, de la generación a la que pertenecen y de las clasificaciones de orden metodológico e histórico que existen, son universales, indivisibles e interdependientes y están situados al mismo nivel, o sea ningún derecho es más importante que otro.

Prosigue la autora estudiada que, este texto constitucional declara el principio de progresividad de los derechos, con lo que se deja sentado, la condición evolutiva de los mismos, es decir la tabla de derechos no es un catálogo cerrado, sino que estos se ensanchan y amplían con el desarrollo de la sociedad, quedando la Constitución abierta a la recepción de nuevos derechos y a la interpretación y actualización del contenido esencial de los mismos a tono con las nuevas demandas y exigencias de la sociedad, el desarrollo legislativo de los derechos y la creación por parte del Estado de las condiciones materiales necesarias para su real disfrute y ejercicio. Refiere que se delinea y especifica en mejor medida los límites al ejercicio de los derechos, al establecer como fronteras, los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes del ordenamiento jurídico. A su vez, introduce nuevos derechos o los llamados derechos de tercera generación tales como: el derecho al acceso a la información pública y a recibir información veraz, objetiva y oportuna, el derecho al agua, a la alimentación sana y adecuada, a la vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los consumidores. Como se aprecia, prevalece el dominio del sector público en materia de Derecho Minero en el ordenamiento jurídico nacional, por su poder de imperium.

En el análisis de su progreso en el ordenamiento jurídico, su asidero legal ha partido del Derecho Constitucional económico; en la materia ambiental se aprecia que tiene su primera expresión en la Ley No. 33 de 1981, sustituida por la Ley No. 81 de 1997, la cual en su Título Sexto establece que las esferas de especial protección del medio ambiente son: la diversidad biológica; las áreas protegidas; las aguas y los ecosistemas acuáticos; los ecosistemas terrestres; la flora y la fauna silvestres; la atmósfera y los recursos minerales. Norma jurídica que en el paquete legislativo del 2020 debe ser emitida por el legislador una nueva normativa en la materia ambiental con su correspondiente reglamento.

El Decreto-Ley No. 200 del 1999, regula las infracciones administrativas en materia de ambiental como parte del Derecho Administrativo Sancionador. En el Decreto Ley No. 201 de 1999, se establece la obligatoriedad de obtener una licencia ambiental por toda obra o actividad que se pretenda desarrollar en un área protegida o en su zona de amortiguamiento, salvo que esta resulte expresamente exenta de tal requisito, conforme con lo que se disponga en el plan de manejo.

Con rango de Resolución, en el espectro administrativo aparece la Resolución No. 132 de 2009, del CITMA, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental; y la Resolución No. 103 de 2008, Reglamento de la Inspección Ambiental Estatal. Por ende, la licencia ambiental aludida, será solicitada para el desarrollo de la fase de investigación geológica, ya que desde esta fase se ejecutan actividades que modifican el terreno, el paisaje o afectan los diferentes ecosistemas terrestres presentes en las áreas sujetas a investigación y en los casos que corresponda se presentará el estudio de impacto ambiental para obtener la licencia ambiental en las fases de explotación y procesamiento, donde se conciben las mayores afectaciones al medio ambiente. (CÁNOVAS GONZÁLEZ, 2010)

En materia de salud, la Ley No. 41 de 1983, y el Decreto No. 139 de 1988 como su reglamento, son aplicables vinculadas con los riesgos para la salud y el control de enfermedades, la inspección sanitaria estatal, la atención médica especializada, controlar la contaminación ambiental, y la imposición de contravenciones sanitarias. Además, vinculado al tema estudiado, el Decreto No. 54 de 1984, Disposiciones Sanitarias Básicas, el que se aprecia es también es pertinente en las acciones de control sanitario epidemiológico.

En relación al uso del suelo, se aprecia el Decreto Ley No. 179 de 1993, Protección, Uso y Conservación de los Suelos y sus contravenciones. En materia de Derecho Administrativo Sancionador desde su referente teórico, contextualizado en el Decreto No. 222 de 1997 en el ordenamiento jurídico nacional.

Siendo válido aclarar que, como nota distintiva, en el ordenamiento jurídico de Cuba, el sistema contravencional, proveniente del Derecho Administrativo, ocupa el lugar predominante de todas las formas de exigencia de responsabilidad ambiental. No solo por la pluralidad de disposiciones jurídicas en cuerpos de Decretos Leyes y Decretos, sino por la variedad de esferas de protección ambiental vinculadas a la protección de los recursos minerales, en especial a la extracción de minerales, conocido dentro de la materia como Derecho Minero, signado en la Ley No. 76 de 1995, Ley de Minas. Demuestran estos elementos estudiados por los autores del artículo que en el siglo XX en el

ordenamiento jurídico cubano fueron promulgadas una serie de normas jurídicas dirigidas a la protección de los recursos naturales vinculadas al Derecho Minero, ello es otra nota a destacar desde el plano jurídico.

Este desarrollo jurídico analizado, se ha ido consagrando en el siglo XXI, con la actualización de la política fiscal a través de la Ley No. 113 de 2012, Del sistema tributario, donde se establece un impuesto por la utilización y explotación de recursos forestales, naturales y artificiales, y de la fauna silvestre, independientemente de la actividad que se realice. También se establece el impuesto sobre las utilidades por la Explotación de Minas y Canteras. Aquí se aprecia la implementación de los instrumentos de la política fiscal cubana, dirigida por el Ministerio de Finanzas y Precios a través de la Oficina Nacional Tributaria.

En materia de Derecho Laboral, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como encargado por la Administración Pública, actualiza la normativa legal, lo hace con la promulgación de la Ley No. 116 de 2013, Código de Trabajo, establece la relación jurídica laboral en la actividad de la minería, y también ahora regula el sistema de protección e higiene en el trabajo. Vinculado a la Seguridad Social

Con posterioridad, la Ley No. 118 de 2014, Ley de la Inversión Extranjera, establece que el Ministerio de Energía y Minas, puede promover propuesta de negocios con inversión extranjera. Aquí se aprecia también la implementación de instrumentos de la política fiscal cubana. Desde otras materias se aprecian en esta caracterización, los aportes realizados desde la Geología, la Historia, la Ingeniería, la Medicina, por la transdisciplinariedad del tema estudiado, que en trabajos posteriores podrá profundizarse.

Insuficiencias estas, que aún perviven, una de estas es el acceso a la información ambiental, al no existir la publicidad de procedimientos y autorizaciones que así lo establezcan para lograr la participación de la ciudadanía. Las construcciones normativas que hay en el ordenamiento jurídico no dan respuestas adecuadas, como es el caso del tema estudiado.

3.1 MINERÍA URBANA. ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

Ya se señalaba que la actividad minera en la nación cubana se ejecuta por el Estado por su poder de imperium, y que hay autorizadas concesiones administrativas a Compañías Extranjeras para la explotación de recursos naturales, al amparo de lo establecido en el texto constitucional, en la Ley No. 76 de 1995, y en la Ley No. 118 de 2014. También, hay que significar que, en la Administración Pública nacional, se ha constituido una empresa que se ocupa de la recogida y el reciclaje de las materias primas. Aquí en esta actividad participan sujetos privados, los que recogen en las ciudades los desechos objeto de compraventa por la aludida empresa, pero sin una mirada adecuada a la actividad de la minería urbana.

Las insuficiencias dentro del ordenamiento jurídico, estas dirigidas a que no existe una Ley de Reciclaje, una Ley de Competencias, y una Ley de Empresas; y es a criterio de los autores del artículo, son necesarias como la actualización

de la Ley del Medio Ambiente, la Ley de la Contraloría General de la República y la Ley de Minas, por su vínculo al estudio donde se ha caracterizado la minería urbana en la nación cubana. Ello son retos del legislador en la actualización del ordenamiento jurídico.

En el orden académico, se pondera, que, dentro de los estudios de Derecho Ambiental cubano, la academia diseñe estudios de grado y posgrados vinculados al Derecho Minero, y en particular al desarrollo de la Minería Urbana, no solo para la carrera de derecho, es extensivo para la de Ciencias Contables, Economía, Ambientales y otras.

4. CONCLUSIONES

La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible en el 2002, acepta de manera expresa “la realidad de que la sociedad mundial tiene los medios y recursos para responder a los retos” planteados para superar la supuesta dicotomía entre protección ambiental y desarrollo económico por vía de la armonización de ambos procesos. En la cumbre Río+20, del 2012, sobre el paradigma del desarrollo sostenible, se avanzó en el logro de una “economía verde” en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, y el marco institucional para el desarrollo sostenible.

La minería urbana tiene su génesis en el Derecho Minero y este desde el Derecho Administrativo Ambiental, ha mutado y evolucionado en el tiempo, tiene un enfoque multidisciplinar donde se aprecia su reconocimiento desde el plano jurídico desde el Derecho Internacional, contextualizada su regulación en los textos constitucionales, a partir de aquí se ha desarrollado en los ordenamientos jurídicos a través de contenidos que integran desde el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental, el Derecho Mercantil, el Derecho Tributario, la Informática Jurídica, el Derecho Económico, el Derecho Laboral, el Derecho a la Seguridad y Salud laboral, entre otras, como dimensión normativa. Desde su dimensión transdisciplinaria se aprecia estar vinculada con la Historia, la Economía, la Contabilidad ambiental, las Ciencias Ambientales, la Ingeniería Ambiental, las Matemáticas, entre otras disciplinas y saberes.

La llegada del siglo XXI ha caracterizado el símbolo de la reconfiguración global de la cultura humana, señalada por una oleada de innovaciones tecnológicas sin precedentes en la historia. En el mundo el crecimiento de la contaminación ambiental en las ciudades, vinculada con el incremento del uso de dispositivos electrónicos en cifras significantes una vez estos lleguen al final de su vida útil, la población desconoce los términos como minería urbana, logística inversa, economía circular por su impacto socio ambiental al poner en riesgo la salud humana.

El modelo de economía circular se dirige hacia un nuevo paradigma, implica una nueva modalidad de hacer productos desde su mismo origen, desde su diseño, y permite hacer negocios atendiendo al crecimiento económico de la sociedad, a la sustentabilidad ambiental y a la disminución de los riesgos por la volatilidad e incertidumbre de precios de las materias primas y recursos energéticos.

La gestión ambiental por los actores económicos públicos y privados en Cuba deberá estar enfocada a cumplir el principio de legalidad bajo las normas

técnicas ISO 9001 y 14001, necesitado de una Ley de Empresas, de una Ley de Competencias en el ordenamiento jurídico cubano, donde se pondere la observación de la Economía Circular través de iniciativas que manejan una economía sostenible, donde se perfeccione el uso de recursos para formalizar una economía justa, social, colaborativa y sostenible, que deserte del actual sistema lineal de usar y tirar, en atención a la dimensión económica, política, tecnológica y sociocultural en la implementación del nuevo modelo económico y social.

El control público tendrá un elemento a ponderar en las actividades minero energéticas ejecutado por los órganos de control, exige de un profesional con amplios conocimientos, requiriendo una capacitación técnica y permanente de los agentes económicos afectados, y un conocimiento amplio de las regulaciones legales y aspectos técnicos del proceso de la auditoría, que permita certificar la calidad ambiental como empresa responsable con el ambiente como su finalidad, las que deben ser actualizadas en la nueva Ley de Medio Ambiente y en la Ley de la Contraloría General de la República, y en Código Contravencional, para agrupar las figuras objeto de contravenciones en lo concerniente al tema objeto de estudio.

La universidad en su responsabilidad con la formación jurídica ambiental como mandato constitucional, el presente exige educar para innovar e innovar para educar como protagonistas del cambio para alcanzar el desarrollo sostenible dentro de los objetivos para el 2030. El que podrá irradiarse a una mayor velocidad y a mayores espacios con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones en la web 2.0 con la quinta generación (5G).

5. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (2007) Derecho Ambiental cubano, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2004) Temas de Derecho Administrativo cubano, 1a edición, Editorial Félix Varela, La Habana.
- AA.VV. (2002) Estudios de Derecho Administrativo cubano, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Abdel, G. & Romo, D. (2004) Sobre el concepto de competitividad. Serie de documentos de trabajo en estudios de competitividad, Editorial ITAM, México.
- Agenda 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2018) Una oportunidad para América Latina y el Caribe, CEPAL.
- Antúnez Sánchez, A. y Ramírez Sánchez, A. (2016) La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano, Revista Dos Tribunais Thomsonreuters No. 967, Brasil.
- Antúnez Sánchez, Alcides et al. (2017) El pluralismo jurídico y los derechos de la pachamama, Revista Brasileira de Estudios Constitucionales No. 36, Brasil.
- Antúnez Sánchez, A. y Díaz Ocampo, E. (2018) La responsabilidad social y medio ambiental de la empresa: una perspectiva desde Cuba, Revista Responsabilidad Social Empresarial, España.
- Angulo, M. (2013) Manual práctico de Derecho Ambiental. La Naturaleza como Sujeto de Derecho. Doctrina Práctica y Jurisprudencia, Editorial Workhouse, Quito.
- Álvarez Conde, J. (1958) Historia de la Botánica en Cuba, Junta Nacional de Arqueología y Etnología, La Habana.
- Álvarez de Zayas, R. (2004) Interdisciplinarietà: Una aproximación desde la enseñanza-aprendizaje de las ciencias. Compilación, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.
- Ayes Ametller, G. (2003) Medio Ambiente: impacto y desarrollo, Editorial Científico Técnica, La Habana.
- Brañes Ballesteros, R. (2003) La fundación del Derecho Ambiental en América Latina, PNUMA, Chile.
- Bellorio Clabot, D. (2013) El nuevo paradigma ambiental y jurídico, V Foro ambiental Internacional, Argentina.
- Bellorio Clabot, D. (2004) Tratado de Derecho Ambiental, 1ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Bustamante Alsina, J. (2010) Derecho Ambiental, Editorial Abeledo Perrot, Argentina.
- Botassi, C. (1997) Derecho Administrativo Ambiental, Editorial Platense, Argentina.
- Brundtland, G. (1987) Informe Nuestro futuro Común, ONU.
- Cafferatta, N. (2004) Los principios y reglas del Derecho Ambiental. PNUMA. El Salvador.
- Cafferata, N. (2004) Introducción al Derecho Ambiental, Editorial INE-Semarnat, México.
- Cánovas González, D. (2011) Estudios sobre Derecho del Ambiente, Editorial Hermanos Vadell, Caracas.
- Cánovas González, D. (2010) Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad. El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI, Editorial de la Universidad de La Habana.

- Cañizares Abeledo, F. (1970) Teoría del Estado y del Derecho, Editorial Universitaria, La Habana.
- Caraballo Maqueira, L. (2014) El Derecho Ambiental. Realidades y esperanzas, Editorial Acuario, La Habana.
- Caraballo Maqueira, L. (2012) Derecho y Medio Ambiente, Consideraciones generales, respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales, Editorial Pablo de la Torriente Brau, La Habana.
- Calvache, A. (1944) Historia y desarrollo de la minería en Cuba (s/e) La Habana.
- Common, M. y Stagl, S. (2008) Introducción a la Economía Ecológica. Editorial Reverte. España.
- Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista, 7mo congreso del Partido Comunista de Cuba (2016) Editorial Política, La Habana.
- Centeno, R. (1977) Principios de Derecho Minero. Fundación Gómez Pardo. Madrid.
- Cutie Mustelie, D. (2019) ¿Por qué la Nueva Constitución cubana es superior? Red Jurídica UNJC, La Habana. Disponible en: <http://www.unjc.cu>
- Cruz Sardiñas, T. (2013) El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental, CITMA, La Habana.
- CITMA (2017) Estrategia Ambiental Nacional 2017 / 2020. La Habana.
- De Guillebon, B. (2014) Los 7 Pilares de la Economía Circular. Boletín de la Confederación de Empresarios de Navarra No 21 Medio Ambiente, España, pp. 4-5.
- De Besa Antunes, P. (2013) Direito Ambiental. Editorial Atlas. Brasil.
- De Arcenegui, I. (2002) Derecho Minero, Editorial Civitas, Madrid.
- Díez de Velasco, M. (2009) Instituciones de Derecho Internacional Público. 17ª edición. Editorial Tecnos, España.
- Díez-Picazo, L. (1954) Naturaleza jurídica de los minerales. ¿Tienen o no la condición de frutos? Editorial Librería A & M Jiménez, Madrid.
- Díaz Ocampo, E. et al. (2018) El pluralismo jurídico en América Latina, Revista Dos Tribunais No. 990, Brasil.
- Dromi, R. (2001) Derecho Administrativo. 9a edición. Editorial de Ciencia y Cultura. Argentina.
- D' Estéfano Pisani, M. (2003) Breve Historia del Derecho Internacional, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Díaz Legón, O. et al (2016) Apuntes sobre la Ley No. 113, Del Sistema Tributario, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba. Estudios Jurídicos, Editorial Loynaz, Pinar del Río.
- Di Cagno, V. et al. (2005) La protección del medio ambiente en Cuba, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba.
- Di Cagno, V. (2003) Análisis comparado de la ley cubana N° 81 del Medio Ambiente, Revista Jurídica N° 8, Editorial MINJUS, La Habana.
- Esteve Pardo, J. (2014) Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Marcial Pons, 4ª edición, España.
- Esteve Pardo, J. (2008) Derecho del medio ambiente, 2ª edición, Editorial Marcial Pons, España.
- Fraga, G. (2000) Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México.
- Forsthoft, E. (1958) Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos. España.
- Fernández Protomastro, G. (2013) Minería urbana y la gestión de los recursos electrónicos, 1ª edición, Editorial Grupo Uno, Buenos Aires.
- Fernández-Rubio Legrá, Á. (2000) La legislación ambiental contemporánea: logros y fracasos, algunas reflexiones críticas, Editorial Academia, La Habana.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2010) El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales, Documento TOL 1.436.850, España.
- Fernández De Gatta Sánchez, D. (2008) Derecho Ambiental, Editorial Trivium, España.
- Fernández Bulté, J. (2005) Historia del Estado y el Derecho en Cuba, Editorial Félix Varela. La Habana.
- Harlem Burtland, G. (1984) Informe Nuestro Futuro Común, ONU.
- Hauriou, M. (1925) Principios de Derecho Administrativo y de Derecho Público. 10a edición. Editorial Recueil Sirey. Paris.
- Herrera Molina, P. (2000) Derecho tributario ambiental. Editorial Marcial Pons, España.
- Holbach (1989) Sistema de la Naturaleza, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Humboldt, A. (1884) Ensayo de una descripción física del mundo, Editorial Gaspar y Roig, Madrid.
- Gay Barbosa, D. et al. (2014) Conceptos de Derecho Minero, Universidad Blas Pascal, Perú.
- García García, S. (2016) Economía circular: La Unión Europea impulsa reformas sobre la base de un tema crucial, la gestión de residuos, con el fin de alcanzar mejoras económicas y medio ambientales. Revista Actualidad Jurídica Ambiental No. 57, España, pp.1-11.
- García, J. (2013) Los Bienes de Derecho Público. Editorial Foreword. España.
- García Cortes, A. (2005) Minería y desarrollo sostenible, Instituto Geológico y Minero de España, Madrid.
- García De Enterría, E. (1999) Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, España.
- García Fernández, J. y Rey Santos, O. (2005) Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, Editorial Acuario. La Habana.
- Garcini Guerra, H. (1986) Derecho Administrativo, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.
- Gómez Sánchez, N. (2014) Derecho Ambiental, 3ª edición, Editorial Porrúa, México.
- Gordillo, A. (2014) Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Fundación Derecho Administrativo, Argentina.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2019) Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el Derecho medioambiental del siglo XXI, Editorial Las Rosas, España.
- Guaita, A. (1986) Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas, 2a edición, Editorial Civitas, Madrid.
- Real Ferrer, G. (2016) Residuos y sostenibilidad. El modelo europeo. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental No 35, España.
- Rey Santos, O. et al. (2017) La Ley de medio ambiente: 20 años después, Editorial UNIJURIS, La Habana.
- Rey Santos, O. (2013) Fundamentos del Derecho Ambiental, Editorial CIABO, La Habana.
- Rojas Orozco, C. (2003) El desarrollo sustentable: nuevo paradigma para la administración pública, Editorial INAP, México.
- Rodríguez, C. (2014) Manual de Derecho Minero. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Rosa Moreno, J. (2000) El Derecho Ambiental en Latinoamérica, Editorial McGraw-Hill, Madrid.

- Ruiz-Rico, G. (2010) El Derecho Constitucional del medio ambiente, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Rodrigo, A. J. (2015) El desafío del desarrollo sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- Rodríguez, R. (2016) La auditoría ambiental en la gestión empresarial, Editorial Colciencias, Holguín.
- Rinaldi, G. (2013) La evaluación de impacto ambiental estratégica, nexo con la auditoría ambiental, PNUMA, Argentina.
- Lastres Berninzon, E. (2007) Derecho de Minería y Energía, 1a edición, Editorial Primer Fuente, Perú.
- Leff Zimmerman, E. et al. (1991) Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario en América Latina. UNESCO, México.
- Leff Zimmerman, E. (2008) Discursos sustentables. Editorial Siglo XXI. México.
- Lorenzetti, R. (2011) El paradigma ambiental, Ministerio de la Corte Suprema, Argentina.
- Lorenzetti, R. (2008) Teoría del Derecho Ambiental, Editorial Porrúa, México.
- Loperena Rota, D. (2003) Desarrollo sostenible y globalización, Editorial Thomson-Aranzadi, Argentina.
- López Menudo, F. (2012) El derecho a la protección del medio ambiente, Universidad de Sevilla, España.
- López Donaire, M. Tesis doctoral: El impacto del derecho medio ambiente en la empresa: hacia una nueva regulación jurídico administrativa, Universidad Castilla-La Mancha (2013).
- Lozano Cutanda, B. (2014) Tratado de Derecho Ambiental. Editorial CEF. España.
- Libro Verde sobre la responsabilidad social empresarial (2011) Bruselas.
- Libro Blanco de responsabilidad ambiental (2000) España.
- Libro Verde sobre la gestión de los biorresiduos en la Unión Europea (2008) España.
- Le Riverend, J. (1992) Problemas de la formación agraria de Cuba. Siglos XVI-XVII, Editorial Ciencias Sociales, La Habana.
- Mantilla Pinilla, E. (2006) Contabilidad ambiental en el desarrollo sostenible, Revista Legis Internacional de Contaduría y Auditoría N° 25, Colombia.
- Martín Mateo, R. (1991) Tratado de Derecho Ambiental, 1a edición, Editorial Trivium, España.
- Martínez, A. y Porcelli, A. (2017) Reflexiones sobre la economía verde. El New Deal Ecológico Mundial. Revista Alas Peruanas No. 15, Perú.
- Martínez, A. y Porcelli, A. (2018) El desafío del cambio económico: la economía circular y su excepción en las diferentes legislaciones y en la normativa voluntaria. Revista Pensar en Derecho N.º 13, Colombia.
- Martínez, V. (1982) Derechos Reales en la minería, Editorial Depalma, Argentina.
- Martín-Retortillo Báquer, S. (2006) Derechos fundamentales y medio ambiente, Universidad Complutense de Madrid, España.
- Marienhoff, M. (1965) Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina.
- Mayer, O. (1949) Derecho Administrativo alemán, Editorial Depalma, Argentina.
- Mateo Rodríguez, J. (2012) La dimensión espacial del desarrollo sostenible: una visión desde América Latina. Editorial Científico-Técnica, La Habana.
- Morató, J. et al. (2017) Situación y evolución de la economía circular en España. Fundación COTEC para la Innovación, España.
- Moreno Plata, M. (2010) Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible, Editorial Porrúa, México.
- Moreu Carbonell, E. (2001) Minas. Régimen Jurídico de las Actividades Extractivas, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Mora Ruíz, M. et al. (2012) La gestión ambiental compartida: función pública y mercado, Editorial Lex Nova, 1ra edición, España.
- Morrilla, J. (1847) Breve tratado de Derecho Administrativo español general del Reino y especial de la isla de Cuba (s/e) La Habana.
- Molano, N. (2014) La formación ambiental en la educación superior: una revisión necesaria, Revista Luna Azul No 39, Colombia, pp.186-206.
- Núñez, A. (1998) Hacia una cultura de la naturaleza, Editorial Letras Cubanas, La Habana.
- Parejo Alfonso, L. (1992) Las bases constitucionales del Derecho Administrativo. Manual de Derecho Administrativo, 2ª edición, Editorial Ariel, España.
- Parejo Alfonso, L. (2013) Lecciones de Derecho Administrativo, orden económico y sectores de referencia, Editorial Tirand Lo Blanch, España.
- Parejo Alfonso, L. (2013) El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública, Editorial Aranzadi, España.
- Pigretti, E. (1976) Manual de Derecho Minero y de la energía. Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Argentina.
- Pigretti, E. (1997) Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos comentado. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina.
- Pigretti, Eduardo A. (1965) Teoría jurídica de los recursos naturales, Editorial Platense, Buenos Aires.
- Piñar Mañas, J. (2003) El desarrollo sostenible como principio jurídico, Estudios de Derecho Público económico, Madrid, pp.185-204
- Pierri, N. (2005) Historia del concepto desarrollo sustentable. ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable. Cámara de Diputados, México, pp. 27-81.
- Peña Chacón, M. (2016) Derecho Ambiental efectivo, 1ª edición, Serie Derecho Ambiental, Costa Rica.
- Peña Chacón, M. et al. (2019) Derecho Ambiental del siglo XXI, 1ª edición, Editorial Isolma, Costa Rica.
- Pérez Hernández, L. (2016) La constitución económica en Cuba. El Derecho Público en Perspectiva, Editorial UNIJURIS, La Habana.
- Pereira Basanta, J. (2011) Tesis de maestría: La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba, Universidad de La Habana.
- Pérez Hernández, L. (2016) La constitución económica en Cuba. El Derecho Público en Perspectiva, Editorial UNIJURIS, La Habana.

- Pezoa Huerta, D. (2017) Los delitos en el derecho de la minería, Editorial El Jurista, Chile.
- Prudencio López, A. (1864) Reseña histórica del Derecho de ultramar. Editorial La Antilla, La Habana.
- PNUMA (2011) Hacia una economía verde: guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza. Síntesis para los encargados de la formulación de políticas. New York.
- PNUMA (2015) Descubriendo los caminos hacia una economía verde e inclusiva. Resumen ejecutivo. Ginebra.
- Torres-Cuevas, E. y Loyola-Vega, O. (2006) Historia de Cuba, 1492-1898, formación y liberación de la nación, Editorial Pueblo y Educación, La Habana.
- Triana, A. (1995) Código de Minas, Compilado y Concordado. 2ª edición, Editorial Leyer, Colombia.
- Jaquenod De Zsogon, S. (2004) Derecho Ambiental, 2a Edición, Editorial Dykinson, Madrid.
- Jaquenod de Zsogon, S. (2001) Derecho Ambiental en el nuevo milenio. Una estrategia para el Derecho Ambiental, Revista de Estudios Locales Cunal No 1, España.
- Jáimez, M. (2000) Titularidades privadas sobre minas y minerales. Editorial Tirant Monografías, España.
- Jordano Fraga, J. (2008) Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible. QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local. España.
- Jordano Fraga, J. (2013) El futuro del Derecho Ambiental, Revista Medio Ambiente y Derecho, España.
- Juste Ruiz, J. (2005) El Desarrollo Sostenible y los Derechos Humanos, Protección Internacional de los Derechos Humanos: Nuevos desafíos, Editorial Porrúa, México, p.333 y ss.
- Junceda Moreno, J. (2001) Minería, Medio Ambiente y Ordenación del territorio, Editorial Civitas, Madrid.
- Uribe Herrera, A. (1968) Manual de Derecho de Minería, 3a edición, Santiago de Chile.
- Sánchez Morón, M. (2010) Derecho Administrativo, 6ª edición, Editorial Tecnos, España.
- Sanz Rubiales, I. (2000) Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica, Editorial Marcial Pons, España, pp.7-19.
- Sanz Larruga, F. (2016) Derecho Ambiental para una economía verde, Editorial Aranzadi, España.
- Salterain, P. (1883) Breve reseña de la minería de la isla de Cuba. (s/e) La Habana, pp. 11-12
- Schavelzon, S. (2015) Plurinacionalidad y vivir bien/buen vivir. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes, Editorial Adya-Yala, Quito.
- Soler Del Sol, A. (2013) El Derecho al alcance de todos, Ley No.81 Ley del Medio Ambiente, Editorial ONBC, La Habana.
- Soto González, L. (1981) Apuntes sobre la historia de la minería cubana (s/e) Santiago de Cuba, p. 32
- Suárez, G. & Romero, T. (1995) Contaminación y medio ambiente, Editorial Científico Técnica, La Habana.
- Ossa, J. (2007) Tratado de Derecho de Minería. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- Ortega Álvarez, L. (2012) Concepto de medio ambiente. Tratado de Derecho Ambiental, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Triana, A. (1995) Código de Minas. Compilado y Concordado. 2a edición, Editorial Leyer, Bogotá.
- Quintana López, T. (2014) Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica, Editorial Tirant lo Blanch, España.
- Valdés Menocal, C. (2005) Ecología y Sociedad, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Vergara Blanco, A. (2011) Principios y Sistemas del Derecho Minero. Estudio histórico-dogmático, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Vergara Blanco, A. (2010) Instituciones de Derecho Minero. Editorial Thomson Reuters-Legal Publishing. Chile.
- Villabella Armengol, C. (2012) El Derecho Constitucional del siglo XXI: un cambio de paradigma. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp.51-76.
- Zamora Roselló, M. (2018) La energía de los residuos: un paso más en la economía circular. Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas). Editorial Dykinson. España.
- Zeballos De Sisto, M. (2000) El Derecho Ambiental Internacional: Esquema de su evolución, Editorial Estudio, Argentina.

BLOCKCHAIN: CRIPTOMONEDAS Y TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS. EFECTOS EN EL ÁMBITO REGISTRAL

BLOCKCHAIN: CRYPTOCURRENCY AND REAL ESTATE TOKENIZATION. EFFECTS IN THE REGISTRY FIELD

Jaime Criado Enguix
Graduado en Derecho
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 15/01/2020
Fecha de aceptación: 07/02/2020

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo esencial ofrecer algunas ideas en relación al nuevo paradigma que plantea Blockchain en nuestro modo de comerciar. Abordando no tanto las cuestiones acerca de su viabilidad como registro de nodos distribuido para validar transacciones instantáneas, entre pares, como la validez de éstas en el ámbito registral y la posibilidad de ahorrar intermediarios.

ABSTRACT: The present work has as essential objective to offer some ideas in relation to the new paradigm that blockchain raises in our way of trading. Addressing not so much the questions about its viability as registration of distributed nodes to validate instant transactions, between peers, as the validity of these in the field of registration and the possibility of saving intermediaries.

PALABRAS CLAVE: Blockchain, criptomonedas, tokens, Registro de la
Propiedad.

KEYWORDS: Blockchain, cryptocurrencies, tokens, Property Registration.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. BLOCKCHAIN Y EL NUEVO PARADIGMA QUE PLANTEA; 2. LAS CRIPTOMONEDAS: ORIGEN, CONCEPTO Y TIPOS. A) ORIGEN. B) CONCEPTO Y TIPOS DE CRIPTOMONEDAS. 2.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS REDES P2P Y MODELOS DE NEGOCIO. A) CARACTERÍSTICAS DE LAS REDES P2P. B) MODELOS DE NEGOCIO. 2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS Y MÉTODOS DE FINANCIACIÓN. A) CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS. B) MÉTODOS DE FINANCIACIÓN; 3. ANTECEDENTES Y TIPOS DE BLOCKCHAIN. A) ANTECEDENTES. B) TIPOS DE BLOCKCHAIN. 3.1. ELEMENTOS DE BLOCKCHAIN Y CARÁCTER DESCENTRALIZADOR. A) ELEMENTOS DE BLOCKCHAIN. B) CARÁCTER DESCENTRALIZADOR. 3.2. REGLAS DE SEGURIDAD DE BLOCKCHAIN; 4. CONCEPTO TOKEN. 4.1. TOKEN COMO ACTIVO FUNGIBLE Y NEGOCIABLE. 4.2. TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS; 5. INFLUENCIA DE BLOCKCHAIN EN LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS QUE INSPIRAN NUESTRO SISTEMA REGISTRAL. 5.1. IMPACTO EN EL ÁMBITO REGISTRAL; 6. BREVE REFLEXIÓN SOBRE BLOCKCHAIN Y SU VIABILIDAD EN EL ÁMBITO REGISTRAL.

I. INTRODUCCIÓN. BLOCKCHAIN Y EL NUEVO PARADIGMA QUE PLANTEA.

Blockchain, Criptomonedas, Smart Contracts, Bitcoins, y un largo etcétera, son el reflejo de cómo avanza la tecnología, de cómo ésta penetra en las raíces de nuestro sistema, y viene a cambiar, de plano, nuestro modo de comerciar. Esta nueva era trae consigo respuestas a todo un entramado de problemas de ámbito financiero y jurídico, con utilidades reales, como son las transacciones instantáneas, entre pares, contratos de auto-ejecución, registro de nodos distribuido, entre otros muchos usos que ofrece esta tecnología.

Como todo avance, tiene sus claroscuros, por ello, desde la máxima imparcialidad, expondré las bondades e inconvenientes de esta tecnología, pues sólo con una visión global, objetiva y detallada podremos crecer como juristas.

Discutiremos acerca de cómo la tecnología Blockchain elimina los intermediarios en las transacciones, las registra en una red de nodos “distribuida”, y se agrupa en bloques, enlazados entre sí, mediante Hashes.

Estamos en presencia de una tecnología que tiene un margen exponencial de crecimiento y aplicabilidad en nuestro modo de operar. No sólo aporta una red de acceso público en aras de facilitar transacciones con un medio de pago electrónico (como criptomonedas) para eliminar intermediarios, sino que además este registro se erige como sistema de almacenaje de información inmutable, transparente y eficaz, por lo que extiende sus virtudes a otros sectores, públicos o privados, donde viene a instalarse.

No obstante, como indico supra, hay también inconvenientes: Blockchain adolece de ciertas debilidades en cuanto a seguridad y, además, ha sido objeto de contundentes críticas debido a que facilita la financiación de armas terroristas y blanqueo de capitales

Como colofón, dedico especial atención a los efectos de Blockchain en el ámbito registral. En nuestra demarcación territorial no ha habido aun aplicaciones prácticas al respecto, a diferencia de otros lugares - como Honduras - pero sí ha generado debate, confrontación, análisis y rigor jurídico. En consecuencia, este apartado lo dedicaré a plasmar la postura de los Registradores de nuestro país

sobre este asunto, sus aportaciones y formas de concebir esta tecnología, si como un sustituto o más bien un complemento a su profesión.

1. LAS CRIPTOMONEDAS: ORIGEN, CONCEPTO Y TIPOS

a) Origen

El contexto histórico del origen de esta criptomoneda se sitúa en 2008, fecha en la que se

produjo la crisis financiera en EEUU. Dicha crisis financiera devaluó el dólar, y los desafíos económicos afectaron al mundo entero. El pánico inundó el sistema financiero hace justo una década. La quiebra de uno de los cinco principales bancos de Estados Unidos – Lehman Brothers - el [15 de septiembre de 2008 precipitó al mundo a la peor recesión](#) económica desde los años treinta. Ello redundó negativamente en las entidades financieras, y se produjo una crisis de liquidez, de crédito y, sobre todo, de confianza, que es, a mi juicio, la piedra angular para que funcione la economía de un país, la fiabilidad de las transacciones y la fluidez del tráfico mercantil.

En este momento los economistas propusieron diversas teorías para combatir y evitar otra “Gran Depresión”. Economistas reputados, como PARODI¹, entre otros, como PALOMINO², decidieron que se requería una solución que solo un banco centralizado podría ofrecer (en este caso, el Sistema de la Reserva Federal), por lo que, para mitigar el impacto del colapso de los mercados financieros, los gobiernos de todo el mundo decidieron implementar lo que se denomina “flexibilización cuantitativa”, en la cual imprimieron más dinero para inyectar más efectivo en sus economías, de forma que sus ciudadanos tuvieran los fondos necesarios para evitar una profunda crisis económica.

Ambos autores aseveran que implementar esta política económica tuvo importantes efectos sobre los flujos de capitales, los precios de activos (especialmente el de vivienda), el comportamiento del crédito y las tasas de interés de largo plazo en economías emergentes y la economía de EEUU; no obstante, todo ello condujo a tasas bajas de interés y al rescate por los propios contribuyentes, de tal manera que los mismos bancos fueron los que se beneficiaron del “colapso” y fue, en este escenario, donde Satoshi Nakamoto se inspiró y creó la primera criptomoneda: Bitcoin, publicando su artículo sobre la tecnología de Bitcoin detallando el sistema “peer to peer” que ejecuta las transacciones de Bitcoin, y meses después proporcionó el software para realizar estas transacciones.

¹ PARRA BARRIOS, A. (2017).: “Flexibilización cuantitativa: características e impacto en las economías de los Estados Unidos y Colombia”, *Revista Escuela de Administración de Negocios*, núm. 82, pp. 3-4.

² Resulta interesante conocer la postura sobre la política económica de “flexibilización cuantitativa”, Vid. PALOMINO SELEM, C. (2013).: “Efectos de la política monetaria de flexibilización cuantitativa en Estados Unidos de América sobre el empleo”. *Pensamiento crítico*, pp. 81.

b) Concepto y tipos de criptomonedas

A la luz de todo lo expuesto sobre Blockchain, y red p2p, nos centramos en el medio de intercambio de estas transacciones: las criptomonedas. Primero, antes de entrar en materia, me gustaría compartir una definición de criptomoneda acuñada por LEGERÉN- MOLINA³, que ayuda a comprender de que estamos hablando: “Criptomoneda deriva del hecho de que solo la persona que conozca la clave criptográfica que da acceso a ella es quien la puede usar o puede disponer de ella. No tiene un soporte papel ni consistencia material; únicamente informática pues se trata de «mera información digital».

Con este prolegómeno nos vamos haciendo una primera idea de lo que son las criptomonedas. En este apartado interesa profundizar un poco más, adentrarnos en un concepto actual y revisado. Con la información que vamos recopilando, propongo la siguiente definición. Las criptomonedas constituyen un nuevo tipo de divisa digital, p2p, no está bajo el control de ningún gobierno y su ámbito de aplicación es global, extendido gracias a Internet.

Una cuestión muy debatida es si se trata de un medio de pago, o de un medio de intercambio: el matiz es importante, ya que si se considera una cosa u otra podría exigirse o no una autorización previa para operar a aquellas entidades que tengan por actividad la emisión de monedas virtuales. El BCE se manifestó al respecto, y lo conceptualizó, mediante la Autoridad Bancaria Europea, como medio de intercambio⁴. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asimiló bitcoin a medio de pago, al considerar que su finalidad específica era esa⁵. Además, una cuestión que debemos tener en cuenta y que genera cierto debate es si las criptomonedas son análogas al dinero electrónico.

Un sector minoritario se inclina por esta respuesta; mientras que la opinión mayoritaria, como GIL-SORIANO⁶, o el Banco Central Europeo⁷, a la cual me adhiero, advierten no se deben confundir ambos términos.

Fundamento mi postura en que la relación entre dinero tradicional y electrónico tiene una base legal, y los fondos almacenados están expresados en la misma unidad monetaria (euro, dólar), mientras que esto no ocurre con las monedas virtuales, las cuales, aun, no se hallan al amparo de un marco regulatorio.

³ LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). “Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain”, *Revista de Derecho Civil*. vol. VI, núm. 1, pp. 179

⁴ Para conocer definición exacta acuñada por la Autoridad Banca Europea sobre este medio de intercambio, Vid. NIETO GIMÉNEZ-MONTESINOS, M.A. y HERNÁEZ MOLERA, J. (2017).: “Monedas Virtuales y Locales: Las Paramonedas, ¿Nuevas Formas de Dinero?” *Revista de Estabilidad Financiera, Banco de España*, núm. 35, pp. 110.

⁵ Argumentos jurídicos del TJUE al respecto, Vid., NIETO GIMÉNEZ-MONTESINOS, M.A. y HERNÁEZ MOLERA, J. (2017).: “Monedas Virtuales y Locales...”, op.cit. pp.110.

⁶ Para más exhaustividad sobre idea, Vid. GIL SORIANO, A (2015): “Monedas Virtuales: Aproximación Jurídico-Tributaria y Control Tributario” *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. pp. 73.

⁷ Para conocer debate sobre dinero electrónico y virtual, Vid. NUÑO BARRAU, G (2018): “Implicaciones de política monetaria de la emisión de dinero digital por parte de los bancos centrales” *Boletín Económico 3/2018, Artículos Analíticos, Banco de España*, pp.1.

Respecto a las criptomonedas, se trata, por tanto, de un medio digital, a través del cual se realizan transacciones. Los bloques, encadenados entre ellos, almacenan todas las transacciones realizadas, que son públicamente visibles. La base es un software de código abierto y tecnología p2p, es decir, de intercambio entre iguales. Mediante técnicas de encriptación se garantiza que solo el propietario de los bitcoins pueda efectuar transacciones. Al ser Bitcoin de código abierto, como hemos reiterado en varios puntos de esta investigación, ello ha brindado la posibilidad de que muchos desarrolladores informáticos repliquen el protocolo de esta red para, con algunas modificaciones, desarrollar nuevas plataformas con aplicaciones y usos específicos.

Ejemplo de esto es el caso de los contratos inteligentes desarrollados en Ethereum, estas direcciones de blockchain programadas para actuar de forma automática e inteligente cuando se les transmite un comando están siendo utilizadas por sectores empresariales como el energético, transporte, financiero,

...

Desde entonces, ha surgido varias blockchains con sus propios criptoactivos y diferentes propósitos, como, por ejemplo, ser medios de pago (Bitcoins), ejecutar contratos inteligentes (Ethereum), alternativa al Bitcoin (Litecoin), para crear direcciones de páginas web (Namecoin), para transacciones entre consumidores, similar a PayPal (Dash). Existen, en total, más de 1.500 monedas virtuales en circulación, cada una con su

propia fisonomía, y en total su capitalización de mercado ascendía, en septiembre de 2018, a algo menos de 200.000 millones de dólares⁸

1.1. CARACTERÍSTICAS DE LAS REDES P2P Y MODELOS DE NEGOCIO

Características de las redes p2p: pondremos de relieve las que definen las ejecuciones p2p, según CASTELLÁ MARTÍNEZ⁹, son:

Escalabilidad: con un uso cada vez más extendido de Internet, las redes p2p tienen un alcance mundial, con innumerables de usuarios conectados a la red. Dado que es una red en que los usuarios son servidores y clientes simultáneamente, la suma de usuarios comportará un mejor funcionamiento de la plataforma; no ocurre así en una arquitectura del modo servidor-cliente con un sistema fijo de servidores, en los cuales la adición de clientes podría devenir en una transferencia de datos más lenta para los usuarios. Esta libertad de acceso y lectura no olvidemos que lo proporciona el código abierto de este tipo de redes, como indico también supra.

Inmutabilidad: es decir, dado que se trata de una red p2p, distribuida, con copia del libro contable de transacciones a disposición de cada nodo, hace que cuando se pretenda modificar la información que consta en cada libro deba ser aprobada por el resto de nodos, por consenso, de lo contrario, no se agrega dicha información al bloque.

⁸ NIETO GIMÉNEZ-MONTESINOS, Ma.A y HERNÁEZ MOLERA, J (2017): “Monedas Virtuales y Locales: Las Paramonedas, ¿Nuevas formas de dinero? *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 35, Banco de España, pp. 109.

⁹ Vid., CASTELLÁ MARTÍNEZ, D (2011). *Competencia distribuida en Entornos Peer-to-Peer con calidad de servicio*. pp. 5.

Descentralización: es la cualidad por excelencia de este tipo de redes, y es que son descentralizadas, todos los nodos son iguales. No existen nodos con funciones especial, ergo, ninguno es imprescindible, debido a que están al mismo nivel, sin haber un nodo central, ni supervisor.

Distribución de costes entre los usuarios: se comparten recursos entre los usuarios. Según la aplicación de la red, pueden ser archivos, almacenamiento de disco, etc.

Anonimato: estas redes propugnan el anonimato del autor de un contenido, del editor, del lector, del servidor que lo alberga y del que formula la petición para encontrarlo. De aquí cabe mencionar una peculiaridad, y es que no podemos olvidar que esta red p2p también se puede utilizar para catalogar obras, lo que hace que en ocasiones sea incompatible los derecho de autor con el anonimato, por ello se propone mecanismos como el DRM¹⁰ para limitar ambos.

Seguridad: los objetivos de un p2p seguro serían identificar y evitar los nodos maliciosos, evitar el contenido infectado, evitar el espionaje de las comunicaciones entre nodos... Los mecanismos más prometedores son el cifrado multiclave (que desarrollaremos más adelante) y otros que mencionamos como reputación (permite acceso solo a conocidos), comunicaciones seguras, etc. De estos, nos centraremos en el que más éxito está teniendo a día de hoy como mecanismo de seguridad: el cifrado multiclave.

a) Modelos de negocio: a continuación, enumeraremos una lista de ejemplos cotidianos donde se aprecia que este tipo de red p2p no es algo tan aislado y que, sin ser casi conscientes, estamos operando día a día con ellas con total normalidad.

Algunos ejemplos son:

Para intercambio social p2p: las plataformas crowdfunding, que permiten a personas con ideas concretas, con proyectos, lanzarlos al público, y que una plataforma de inversores apueste por la misma, permitiendo a dicho emprendedor obtener financiación y materializar sus ideas. En 2015 este modelo de captación de dinero movió 34 millones de dólares en el mundo

Para finanzas p2p: plataformas descentralizadas diseñadas para que entre usuarios se presten o se paguen dinero. La plataforma se queda con un pequeño porcentaje del valor transado. Ejemplo: Paypal

Compras p2p: El e-commerce es el mejor ejemplo p2p, la relación que establecen los vendedores con los clientes es directa, al menos, esto sucede en plataformas como: Amazon, eBay.

Intercambio de archivos p2p: plataformas p2p para el intercambio de archivos, como Dropbox.

2.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS Y MÉTODOS DE FINANCIACIÓN

a) Características de las criptomonedas:

Respecto a las características de las criptomonedas, hay cierta unanimidad entre los autores, por ello, tomo partida de la clasificación que aporta

¹⁰ DRM: Siglas en inglés de *Digital Rights Management*, también llamado programas anticopia, es un término que se refiere a las tecnologías de control de acceso usadas por editoriales y titulares de derechos de autor para limitar el uso de medios o dispositivos digitales a personas o equipo no autorizadas.

CASANUEVA CAÑETE y LÓPEZ DE LA CRUZ¹¹, en el VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario sobre “Tendencias y retos del Derecho Financiero y Tributario”, organizado por el Instituto de Estudios Fiscales, celebrado en 2018, y son:

Irreversibilidad: cualquier transacción que incluya criptomonedas es irreversible. Luego de que se haya confirmado la validez de las transacciones no se podrá realizar ningún cambio.

Confidencialidad: el uso de las criptomonedas para fines lícitos se realiza bajo el anonimato, es decir, la cuenta de los usuarios y las transacciones jamás serán vinculadas con su identidad en el mundo real. En el caso de los Bitcoins, se utiliza una cadena que contiene treinta dígitos aproximadamente y que cumple con ser la dirección a donde serán enviados o recibidas las criptomonedas, mejor conocida como billetera o “wallet”.

Rapidez y Alcance Global: solo serán necesarios unos minutos para que la transacción de criptomonedas realizada se confirme y se haga efectiva

Seguridad: la criptografía con la que operan las criptomonedas asegura los fondos que corresponden a cada uno de los usuarios. A su vez, son estos los únicos que pueden acceder haciendo uso de su clave privada. Este sistema de criptografía se considera inquebrantable (en el siguiente apartado detallaré esta cuestión en profundidad).

Suministro controlado: además, el suministro de las criptodivisas es controlado, a diferencia de las monedas convencionales. En el caso de Bitcoin, no se emitirá más de 21 millones, es un suministro controlado, e igual ocurren con otras monedas, como Ripple (permite transferir de una cuenta a otra sin recurrir a terceros, también está basado en blockchain), no habrá más de cien mil millones de esta moneda.

a) Métodos de financiación

ICO, (Initial Coin Offering), es decir, oferta inicial de moneda, es análogo a la oferta pública de venta, término que se utiliza cuando una empresa sale a bolsa y quiere ofrecer las acciones a los posibles inversores a cambio de dinero. Y es que ICO es un nuevo modo de captación de fondos de inversores para financiar futuros negocios ¹², una variante de cofinanciación participativa o crowdfunding¹³.

En el caso de una ICO¹⁴ lo que se pretende financiar es el nacimiento de una nueva criptomoneda, al estilo de Bitcoin o Ethereum. Las ICO operan sobre tokens virtuales escasos, protegidos por criptografía, que tienen un valor debido a su escasez y a su demanda. Tokens, que más adelante desarrollaré en detalle,

¹¹ Para profundizar más en las características de las criptomonedas, Vid. Contribución realizada por CASANUEVA CAÑETE, D. Y LÓPEZ DE LA CRUZ, N.: “Características Destacables” *Documentos- Institutos de Estudios Fiscales*, no10, 2018, pp. 80-81.

¹² Para entrar en esta idea con mayor rigor, Vid., PORXAS, N. y CONEJERO, M. (2018): “Tecnología Blockchain: Funcionamiento, Aplicaciones y Retos jurídicos relacionados”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* ISSN: 1578-956X/pp. 30.

¹³ Para mayor abundamiento en esta idea, Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2018): *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento Español*. Alastria. Editorial: Dykinson S.L. 1ª Edición.

¹⁴ Para profundizar más en este método de financiación – ICO -, Vid., DEL CASTILLO IONOV, R. (2018): *Los Initial Coin Offerings (ICOS) y la Tokenización de la Economía*, Editorial Aranzadi, Colección Estudios, ISBN: 9788491778379

conviene anticipar que representa la una cuota alícuota de cualquier activo, y opera en una red Blockchain (v.gr. BTCB, es un token vinculado a Bitcoin (y puede representar cualquier activo: un proyecto, derechos de autor, participaciones)

¿Qué interés ofrecen las ICO? ¿Cuál es su repercusión? ICO es un método de financiación, es decir, cuando alguien decide crear una nueva criptomoneda, primero hace un diseño de la misma y luego la implementa a través de un software. Por último, pone ese software a disposición de la comunidad para que aparezcan los mineros que soporten la actividad de la misma. Todo el proceso tiene un coste y la forma de financiar el proyecto es una ICO, y así se ofrece a unos inversores iniciales las nuevas monedas a cambio de dinero. De ahí su parecido con una IPO, aunque también podría decirse que es muy parecido a un crowdfunding, ya que es una comunidad de usuarios quienes financian unos proyectos sin que haya intermediarios.

De lo anterior podemos concluir que el objetivo del creador del token cuando realiza una ICO es recaudar dinero. Es decir, es el proceso por el cual se distribuye una criptomoneda (normalmente cobrando) en una fase temprana de desarrollo de algún proyecto, en el cual se usará, con el objetivo de financiar dicho desarrollo. Un ejemplo exitoso es Ethereum, que antes de lanzarse logró recaudar 18 millones de dólares.

3. ANTECEDENTES Y TIPOS DE BLOCKCHAIN

a) Antecedentes

Estamos en presencia de un acontecimiento que puede cambiar nuestro paradigma: es el paso del internet de la información al internet del valor.

Este fenómeno no surge de manera aislada y repentina, su origen se remonta unos años atrás, desde 1991 hasta hoy. El origen de Blockchain data de 1991, cuando los científicos de investigación Stuart Haber y W. Scott Stornetta idearon una solución, de orden informática, que fuese funcional, al objeto de que los documentos digitales, con sello de tiempo, no fueran objeto de artificio informático alguno.

Dicho sistema usó una cadena de bloques¹⁵ con seguridad criptográfica, para almacenar los documentos con sello de tiempo y en 1992 se incorporaron al diseño “los árboles de Merkle”, lo que lo hizo más valioso, al permitir que varios documentos se reunieran en un solo bloque. Con todo, esta tecnología no tuvo viabilidad práctica y la patente caducó en 2004.

En 2004, el informático, especialista en el área criptográfico, gran activista de la privacidad de datos, Hal Finney, introdujo un sistema llamado Reusable Proof Of Work (Prueba de Trabajo reutilizable), para crear una especie de criptomoneda, sistema que resolvió el problema del doble gasto¹⁶. Posterior a

¹⁵ Sobre cadena de bloques, Vid. LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). “Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain”, Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216, vol.VI, núm.1, pp.178-183.

¹⁶ El problema del doble gasto genera cierto desasosiego. Sobre esta cuestión, Vid. reflexión inspirada por CONESA, C: Bitcoin: ¿Una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Banco de España. Documentos Ocasionales, nº 1901, 2019, pp. 31.

esto, en 2008, Satoshi Nakamoto, pseudónimo que esconde una identidad hasta hoy desconocida, con Blockchain, acopló dos tecnologías, que claramente perfeccionó: la Red Blockchain y la Prueba de Trabajo. ¿En qué consiste todo esto? Poco a poco se irán resolviendo nuestras preguntas.

Blockchain¹⁷ significa, literalmente, “cadena de bloques”, y se trata de una base de datos, distribuida, formada por cadenas de bloques diseñadas para evitar su modificación usando un sistema de encriptación y enlazando, mediante hash¹⁸, la información con los demás bloques. Viene a descentralizar la confianza depositada en instituciones financieras, algo, a mi parecer, necesario, máxime en los tiempos que corren, en que hemos sido testigo de fraudes millonarios protagonizados por entes bancarios de talla mundial en el mercado bursátil, como el caso Bankia¹⁹. Ofrece un sistema que en principio resulta utópico, pero que ya es puntero en las grandes potencias tecnológicas, como EE. UU y Suecia. Su interés es notorio. En nuestra circunscripción territorial ya ha habido pronunciamientos judiciales al respecto²⁰.

Blockchain, como primer rasgo, se alza como un registro para las transacciones o transferencias de valor que se pueden realizar con Bitcoins dentro de un marco estable, seguro, inmutable, donde no puede tener lugar la falsificación de documentos. Blockchain hace las funciones de un libro de contabilidad.

Segundo distintivo es que funciona como una base de datos descentralizada, que es administrada por computadores pertenecientes a una red peer-to-peer (P2P), de punto a punto. Es decir, cada nodo – cada uno de los ordenadores conectados a la red - mantiene una copia del libro de registros (de esta especie de libro contable) para evitar un único punto de fallo (SPOF)²¹ y todas las copias se actualizan y validan simultáneamente.

Otro distintivo remarcable de Blockchain estriba en su gestión, ésta es realizada por los usuarios de dicha base de datos; soluciona el problema de tener que depender de una gestión de registros hecha por intermediarios, como pueden ser miembros de una entidad bancaria, o de un gobierno. La información sólo puede ser añadida a una cadena de bloques si existe un acuerdo, un consenso entre la mayoría de las partes, y transcurrido cierto tiempo, la información agregada a un bloque ya no podrá ser modificada: se garantiza la inmutabilidad de la información. Bajo mi punto de vista, este mecanismo, para su aceptación y funcionamiento va a requerir, cuando menos, de un riguroso respaldo legislativo, debido a dos razones fundamentales; de un lado, que prevea la regulación de una presunción de autenticidad iuris tantum de la identidad del nodo, así como de su diligencia en los procesos de consenso;

¹⁷ Para conocer otro modo de conceptualizar Blockchain, Vid., PREUKSCHAT, A. (2017). *Blockchain: La Revolución Industrial de Internet*, Editorial Gestión 2000, 1ª edición, pp 23.

¹⁸ Para mayor abundamiento sobre Hash, Vid., BRANCÓS, E “Blockchain, función notarial y registro”, *Revista El Notario del Siglo XXII*.

¹⁹ Para ahondar en dicha sentencia, Vid. STS, Sala de lo Civil, 382/2019, de 2 de julio de 2019. *Interpretación del TS sobre la responsabilidad de Bankia por falseamiento de sus cuentas y engaño a inversores que operan en el mercado bursátil*.

²⁰ STS, Sala de lo Penal, 326/2019, de 20 de junio. *Interpretación del Tribunal Supremo sobre los “bitcoins” y su equiparación al dinero a efectos de responsabilidad civil*.

²¹ SPOF: Siglas, en lengua inglesa, de *Single Point of Failure*, es un componente de un sistema que tras un fallo en su funcionamiento ocasiona un fallo global en el sistema completo, dejándolo inoperante.

y, de otro lado, para operar con esta estructura es imperioso la ausencia de canales imperfectos, caídas de participantes, violación de sincronizaciones o incluso la conspiración de uno de ellos para que el consenso no se produzca – lo que también se conoce como comportamiento malicioso-.

Blockchain despunta del panorama convencional por el uso de la criptografía²², técnicas antigua utilizada para proteger información. Consiste en un mensaje cifrado, que en sí está a la vista, pero su significado está oculto. La criptografía es garantía de que una persona puede ocultar un texto o una información, para que sólo el emisor y el receptor puedan interpretarlo. Blockchain se sirve de la técnica criptográfica para salvaguardar la confidencialidad de las transacciones; es decir, para garantizar que nadie externo pueda acceder a los datos, se utiliza la criptografía de clave pública (criptografía asimétrica) que a su vez genera un hash y la criptografía de clave privada, que cifra y descifra la información entre el emisor y receptor. En principio, retenemos esta idea, este apunte sobre la criptografía; para más adelante desarrollarla con más detalle. Esta clasificación de las características no es unánime, autores como PORXAS y CONEJERO²³ hablan de las siguientes (clasificación de la cual no tomo parte, pero conviene conocer, debido a que la anterior es más rigurosa y ofrece un enfoque más explicativo de los caracteres de Blockchain). La sistematización de las características que proponen son: transparencia; debido a que todos los usuarios conectados a Blockchain tienen acceso al libro registro, y además operan en protocolos informáticos de código abierto²⁴; en segundo lugar, hablan de la irrevocabilidad de la información, por cuanto alteración del libro contable requiere del consenso del 51% de los nodos; y, en tercer lugar, inmutabilidad, ya que si un nodo decide variar una transacción, afectaría a la cadena de bloques, y se plasmaría en el libro registro de ese nodo, y deberá someterse a consenso.

b) Tipos de Blockchain

A modo de premisa, conviene puntualizar que el término Blockchain es de gran alcance, previsto para englobar distintas variantes, como; blockchain públicas: accesible por cualquier persona para consultar las transacciones realizadas, abierto al público, con un protocolo de consenso para registrar transacciones en las bases de datos, y garantizar la seguridad contra ataques del 51% - carece, pues, de una entidad reguladora de jerarquía superior- (las principales blockchain de este tipo son, v.gr., Bitcoin, Ethereum, Dash, entre otros); y blockchain privadas: aquellas diseñadas por empresas, y, por tanto, sí dependen de una unidad central, la cual controla todas las acciones que se realizan en esta plataforma, y, como es evidente, también es la que va a especificar el fin que satisface ese tipo concreto de blockchain (su acceso y nivel de anonimato lo define la política de la empresa y, como se puede deducir, a diferencia de las blockchain públicas, se desarrollan software privativas,

²² Para una explicación más exhaustiva sobre criptografía, Vid., MOLINA MATEOS, J.M. (1998). *Aspectos Jurídicos de la protección cristológica de la información y las comunicaciones*. pp. 203.

²³ PORXAS, N. y CONEJERO, M. (2018). “Tecnología Blockchain: Funcionamiento, Aplicación y Retos Jurídicos relacionados”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, pp. 27-28.

²⁴ Código abierto: cualidad de un software cuyo acceso, edición y lectura es libre, abierto al público, sin copyright.

ejemplo de blockchain privadas son: Hyperledger (proyecto iniciado por la Fundación Linux y varias empresas del sector tecnológico).

De la clasificación indicada supra, desarrollamos a parte las blockchain híbridas, por el impacto que ha generado en nuestra demarcación territorial. Las de tipo híbrido utilizan lo mejor de ambos mundos; mientras que el acceso a los recursos de la red es controlado por la entidad que lo regula y la participación en la red es similar al tipo privado, lo que es el acceso al libro de transacciones de información generado por blockchain es público. La descentralización es parcial, y no hay minería, el consenso de la red se da por otros medios

– cual es, la blockchain federada- que aseguran que los datos son correctos. Y está protegido frente al ataque del 51%, pues es inmune, ya que los hackers no pueden acceder a la red para llevar a cabo el ataque, si previamente no se lo autoriza blockchain híbrida.

Entre las blockchain híbridas existentes, ponemos de relieve el proyecto lanzado en nuestro país: Alastria²⁵, consorcio multilateral sin ánimo de lucro, promovido por empresas e instituciones, para el establecimiento de una red semipública permitida blockchain, que garantice la identidad de los participantes y el registro inalterable de las operaciones que se realizan sobre ella. Con ello permite a los participantes ofrecer y recibir servicios con eficacia legal en el ámbito español y acorde con la legislación europea. Cerca de 500 miembros figuran en el listado de asociados Alastria: instituciones y empresas de sectores como la banca, la energía, miembros como el Banco Santander, Bankia y Banco Sabadell, Repsol, Endesa, BBVA, , Garrigues y Observatorio Blockchain (lo que ha hecho ganar a Alastria peso en Europa).

Alastria remarca que es "una plataforma abierta", por ello es de código abierto y habilita eventos como hackathons²⁶ y otros más que acercarán la plataforma a la comunidad. Destaca la figura de GUARDIA GÜEL²⁷ – Directora General de Alastria Blockchain Ecosystem – quien lanzó un mensaje sobre la importancia de cooperar y trabajar en equipo para acometer este proyecto y que Europa tenga voz en el panorama mundial.

No obstante, este trabajo se centra en las Blockchain de tipo públicas por el interés que suscita la descentralización y ahorro de intermediarios que propone.

²⁵ Para conocer lista actualizada de miembros asociados a Alastria, Vid. Página web disponible en la siguiente URL: <https://alastria.io/lista-de-socios/>.

²⁶ Hackatons: es un término usado en las comunidades hacker para referirse a un encuentro de programadores cuyo objetivo es el desarrollo colaborativo de software. Estos eventos pueden durar dos días y una semana.

²⁷ GUARDIA GÜEL, M, Directora General de Alastria Blockchain Ecosystem lanza un mensaje de cooperación con la UE en materia de cadena de bloques, según declaración en página oficial Alastria disponible en el siguiente URL: <https://alastria.io/bienvenido-tercerano-de-alastria/>.

3.1. ELEMENTOS DE BLOCKCHAIN Y CARÁCTER DESCENTRALIZADOR

a) Elementos de Blockchain

Para comprender la magnitud de la tecnología blockchain, interesa conocer los elementos²⁸ básicos de que se compone. Son los siguientes:

Un nodo: puede ser, desde un ordenador personal, hasta una megacomputadora, según la complejidad de la red. Cada nodo ha de poseer el mismo software/protocolo para comunicarse entre sí. Recordando lo indicado supra, en una blockchain pública estos nodos no tienen por qué identificarse, mientras que en una blockchain privada los nodos se conocen entre sí.

Un protocolo estándar: en forma de software informático para que los nodos puedan comunicarse entre sí. En este sentido, existen protocolos muy conocidos, como SMTP²⁹, para el intercambio de correos electrónicos. El protocolo estándar de Blockchain funciona de manera similar: otorga un estándar común y define así la comunicación entre los ordenadores participantes en la red.

Una red entre pares o P2P (peer-to-peer): es una red de ordenadores entre iguales, en estas redes no existen ni ordenadores cliente ni ordenadores que hagan de servidor fijos, sino una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí, y permiten el intercambio directo de información, en cualquier momento, entre los ordenadores (nodos) interconectados. Ejemplo de programa P2P para la compartición de archivos es Ares Galaxy, creado a mediados de 2002.

Un sistema descentralizado: un sistema, en definitiva, creado para prescindir de una entidad centralizada que pudiera almacenar la información registrada, y con ella manipularla o censurarla. Es por ello que la confianza depositada en un ente central se descentraliza, y ahora recae en el consenso de la mayoría de los nodos, siendo esto la principal característica del protocolo. Tal y como afirma LEGERÉN-MOLINA³⁰: *“la base de datos no está, por tanto, centralizada bajo una sola autoridad o servidor ni se guarda una porción de ella en cada sitio, sino que hay una copia de toda ella en todos y cada uno de los ordenadores que son parte de la cadena”*.

a) Carácter descentralizador

Una cuestión que prima es la relativa a si Blockchain es una tecnología distribuida o descentralizada de nodos³¹. Cuestión más bien teórica que interesa delimitar.

²⁸ PREUKSCHAT, A. (2017). Blockchain: La Revolución Industrial de Internet, Editorial Gestión 2000, 1ª edición, pp. 24.

²⁹ SMTP: Siglas, en lengua inglesa, de *Simple Mail Transfer Protocol*, es decir, un protocolo, en forma de software informático, que define una serie de normas para el envío de correos electrónicos.

³⁰ LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). “Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain”, *Revista de Derecho Civil*. vol. VI, núm. 1, pp. 181.

³¹ Para conocer análisis interesante sobre la diferencia entre “descentralizado y distribuido”, Vid., NAVARRO CARDOSO, F. (2019). “Criptomonedas (en especial, bitcoin y blanqueo de dinero)” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-14, pp. 3.



Antes de resolver la cuestión, descartamos el primer tipo que figura en el diagrama “la tecnología de nodos centralizada”, debido a que se refiere a aquella que mantiene todos los datos en una única computadora, en una ubicación y que es la única que contiene la base de datos, y es, por tanto, un único punto de falla, de tal manera que este nodo (ordenador- servidor) surte y da respuesta a las peticiones de los ordenadores-cliente, y si este servidor falla, se colapsa, se pierden todas las conexiones.

Aclarado esto, es más sencillo comprender que una base de datos descentralizada consiste en una serie de computadoras y servidores que se encuentran en distintos lugares, los datos no se almacenan en un solo lugar, sino que están almacenados en una serie de servidores distintos que proveen de información a los clientes. Como vemos en el diagrama, en el segundo caso, funcionan como un grupo de bases de datos independientes que no están totalmente interconectadas mediante una red de comunicaciones; de tal manera, que, si falla o se colapsa un servidor, puede afectar a algunos nodos interconectados, no a todos³².

En el tercer caso, es una base de datos distribuida, funciona como una única base de datos que está instalada en una serie de computadoras (nodos) ubicadas en diferentes lugares geográficos y que no están conectadas a una única unidad de procesamiento, pero si están totalmente conectadas entre sí a través de una red de comunicaciones.

En este sistema todos los nodos contienen información y todos los clientes del sistema están en condición de igualdad; y lo que es más importante, dado que todos disponen de una copia de esa base de datos en cada nodo, si falla uno, no colapsa el resto. Un ejemplo podría ser Spanner³³, una base de datos creada por Google, así como también Blockchain.

Los intentos de creación de monedas digitales anteriores fracasaron en gran medida por basarse en modelos centralizados, con un único punto de fallo (SPOF).

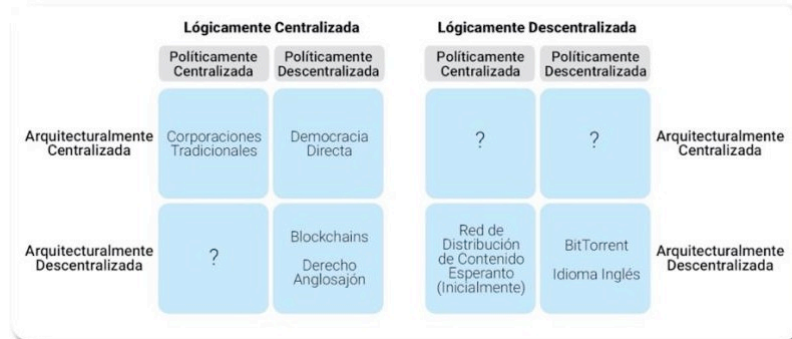
Para que una red pueda ser considerada descentralizada, según BUTERIN³⁴ (fundador de blockchain ethereum), describió que un sistema descentralizado debe serlo a nivel: arquitectónico, lógico y político.

³² Ejemplo de este tipo de base de datos es Informix, el servicio de almacenamiento en la nube de IBM que almacena datos en una variedad de servidores para tener respaldada su información ante cualquier incidente.

³³ Spanner (de Google): es un servicio de bases de datos relacional, escalable y completamente administrado para datos de aplicaciones globales y regionales. Creado específicamente para la nube.

³⁴ Según BUTERIN, V (cofundador de Blockchain Ethereum): “las blockchains están políticamente descentralizadas (nadie las controla) y arquitectónicamente descentralizadas (no hay un punto de fallo central infraestructural) pero están lógicamente centralizadas

La descentralización arquitectónica se da en una red P2P. La descentralización lógica se da si cortamos el sistema en dos, ¿las dos mitades seguirían funcionando como unidades independientes? y la descentralización política lleva a preguntarnos cuántos individuos u ordenadores controlan los ordenadores de los que se compone el sistema.



Por tanto, concluimos que Blockchain es una base de datos distribuida en la que la información está almacenada por todos los nodos que soportan esta red, y la descentralización, realmente, recae sobre la faceta política – nadie las controla – y arquitectónica – no hay un punto de falla central, es p2p-; pero es una base de datos distribuida, más segura frente a posibles colapsos, al contar cada nodo con una base de datos independiente del resto, y por tanto, inmunes ante el colapso o la caída de las otras bases de datos.

3.3. REGLAS DE SEGURIDAD DE BLOCKCHAIN.

Una duda que nos asalta a todos es: ¿es Blockchain tan segura como dice ser? ¿Cómo puedo proteger mis datos? ¿Son transacciones seguras y fiables? ¿Es débil el sistema de seguridad que plantea?

Para hablar sobre la seguridad en Blockchain, son de obligada mención dos aspectos ligados a esta cuestión y que ya hemos citado, que son: la inmutabilidad y el consenso.

Lejos de pretender sonar redundante, recordemos que por consenso entendemos la posibilidad atribuida a los nodos que conforman una red blockchain distribuida de convenir el estado de la red, la validez de las transacciones. El mecanismo a través del cual Blockchain alcanza consenso es a través de un algoritmo de consenso, garantizando que las transacciones tienen lugar de una forma fiable, lo que implica que las monedas sólo pueden ser gastadas una vez (evita el doble gasto). La inmutabilidad es otro pilar fundamental de la solidez y seguridad de blockchain, debido a que esta plataforma pretende prevenir la alteración de las transacciones que hayan sido confirmadas (tal y como viene desarrollado en el apartado “características de blockchain” de esta investigación).

Por consiguiente, este binomio – consenso e inmutabilidad-, proporcionan la seguridad de los datos en las redes de blockchain, además de un tercer elemento, relativo a criptografía, esto es, mensaje cifrado, a la vista, pero

(hay un estado comúnmente acordado y el sistema se comporta como una sola computadora)”.

ininteligible. La criptografía se pone de manifiesto en el “hashing”³⁵, proceso conforme al cual un algoritmo denominado “función hash” recibe unos datos de entrada de cualquier tamaño (input), y devuelve un resultado específico (output) que contiene un valor de longitud prefijada.

Por tanto, ya conocemos los argumentos sólidos que aporta Blockchain para justificar su seguridad. No obstante, y he aquí la cuestión polémica, existe una amenaza a la seguridad bastante común, y es el ataque del 51% - en términos coloquiales- si más del 51% de los nodos, por consenso, se asocian y deciden mentir para beneficiarse de esa mentira, ¿qué ocurre? Esta amenaza no es algo aislado, ha habido casos muy sonados: el 21 de mayo el proyecto Bitcoin Gold sufrió un ataque del 51%, ZenCash sufrió un ataque del 51%, Verge también, el 24 de mayo de 2018. Los agresores en estos casos tomaron el control del registro de la cadena de bloques, obtienen cantidades ingentes de dinero a través de transacciones que generan doble gasto a los mineros. Esto, por tanto, contradice toda afirmación acerca de la seguridad que brinda Blockchain.

Además, cuestión polémica es la facilidad con la que las criptomonedas pueden ser empleadas para la actividad delictiva, en el ámbito del blanqueo del dinero³⁶ y de la defraudación tributaria³⁷, por el impulso a cierto anonimato, la rapidez de las transacciones, la no presencialidad y la transnacionalidad.

Este ejemplo anticipa que la seguridad de Blockchain³⁸ es aún una cuestión a pulir. No sólo el ataque del 51% pone en entredicho la seguridad de Blockchain sino también la reciente noticia de la compañía IBM, según la cual han sido creados potentes ordenadores cuánticos que tendrían una potencia de procesamiento tal que podrían utilizarse para descifrar los potentes algoritmos actuales. Por tanto, si Blockchain se erige como red de nodos descentralizada, precursora de eliminar la confianza depositada en las instituciones gubernamentales, primero, a mi parecer, resulta apremiante reforzar su seguridad y pulir estos aspectos, pues estas amenazas informáticas, como el ataque del 51% o los ordenadores cuánticos de la compañía IBM, hacen de esta plataforma un sistema, cuando menos, poco fiable. En esta línea crítica se manifiesta GÜN SIRER³⁹, en su estudio: “Majority is not Enough: Bitcoin Mining is Vulnerable” en el cual advierte que la honestidad de una mayoría de mineros que requiere el protocolo Bitcoin para validar transacciones genera el riesgo de que este sistema, en principio, descentralizado, devenga controlado por la colusión de mineros que logren hacerse con la mayoría de la potencia

³⁵ Vid., sobre la función *hash*, CONESA, C. (2019): “Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?”, *Banco de España. Documentos Ocasionales*, nº 1901, 2019, pp. 9 y ss.

³⁶ Sobre blanqueo de capitales, Vid. ABEL SOUTO, M. (2012): “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14- 14, pp. 1-45.

³⁷ CASANUEVA CAÑETE, D. Y LÓPEZ DE LA CRUZ, N.: “El concepto de criptomoneda y breves consideraciones en torno a su tributación”. Vid. Esta Comunicación hecha en el VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario, inserta en la pp. 80 ss de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales.

³⁸ Sobre el modo en que se protege el sistema bitcoin de los intentos de fraude, Vid., CONESA, C. (2019): “Bitcoin: ¿una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema?” op.cit. pp. 18 ss.

minera en aras corromper la red Blockchain y proceder de manera maliciosa, falsificando información y alterando la validez de las transacciones.

4. CONCEPTO TOKEN

Los tokens tienen su origen en el mundo físico, no virtual. Los tokens son lo que todos conocemos como fichas, o vales, que se utilizaban como sustituto de una moneda real. Para comprender cuál es la aportación de los Tokens en Blockchain, citamos un ejemplo cercano, de los tanto que hay, que nos sonará, cual es el caso de las fichas de un casino. Éstas sustituyen al dinero real, pero sólo son válidas dentro del espacio para el que están concebidas, el propio casino, y sólo tienen validez mientras que la empresa esté funcionando. Así pues, históricamente, los tokens han sido fichas que hacen de monedas con valor en un determinado entorno.

Por tanto, con esta información podemos sacar ya una idea en claro, y es que el token⁴⁰ tiene aquel valor que su creador le decide dar.

Pues bien, de forma similar operan los tokens en blockchain. Un token es la representación de un activo o utilidad, que sirven para negociar cualquier cosa objeto de transacción, desde mercancías hasta otra criptomoneda.

Las empresas crean tokens fácilmente porque, a diferencia de una criptomoneda en sentido estricto - como puede ser una Bitcoin o Ether- no es necesario cambiar los códigos de un protocolo en específico o crear una red de blockchain desde el principio. Los tokens se crean sobre el protocolo de una criptomoneda existente en una determinada blockchain.

Hay varias teorías que definen qué es un token. En palabras de MOUGAYAR⁴¹, token es “una unidad de valor que una organización crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios entre todos sus accionistas”. Esta definición es clara, pero, a efectos de evitar confusión de concepto entre criptomoneda y token, dicha precisión debemos complementarla con el matiz propuesto por PARRONDO⁴² que entiende los cryptoactivos se escinden, a su vez, en criptomonedas – que incluye el bitcoin, cuya función es la de medio de pago -, y tokens o criptovalores – que incorporan funciones adicionales -. Y es que, pueden, los tokens, representar, de manera digitalizada, cualquier otro activo.

³⁹ GÜN SIRER, E., EYAL, I. (2013).: *Majority is not enough: Bitcoin Mining is Vulnerable*, Department of Computer Science, Cornell University.

⁴⁰ Sobre Tokens, merece especial atención obra desarrollada por MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2019).: *Revolución Digital, Derecho Mercantil y Token Economía*, Capítulo 14: “Las criptomonedas como activo financiero” Editorial Tecnos, 1ª Edición.

⁴¹ Despunta en materia Tokens la obra realizada por MOUGAYAR, W. Prologado por BUTERIN, V (cofundador de Blockchain Ethereum). (2016): *The business Blockchain*, ISBN: 9781119300311, Editorial: John Wiley&Sons Limited.

⁴² PARRONDO, L. (2018).: “Tecnología Blockchain, una nueva era para la empresa”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 27, pp. 19.

4.1. TOKEN COMO ACTIVO FUNGIBLE Y NEGOCIABLE.

Los tokens, aportan, pues, un valor añadido. Constituyen, según PASCUAL MALDONADO⁴³, un medio de representación de un valor financiero o un activo digital, y, para comprender su funcionamiento, volvemos al ejemplo de las fichas del casino, es decir, los tokens simbolizan dinero fiduciario, solo pueden ser usados en el entorno, los términos y las condiciones definidos por aquel que las emite.

Mientras que las criptomonedas son la forma de dinero digital más reciente y tienen como finalidad ser una unidad de valor o método de pago, los tokens representan un activo o utilidad, son bienes transferibles y pueden representar monedas, puntos de fidelidad, activos en un juego o, básicamente, cualquier activo que sea fungible o negociable: desde participaciones en proyectos empresariales hasta medios de pago⁴⁴.

Hay ejemplos que ayudan a visualizar las propiedades del token, por citar uno: el token ERC-20⁴⁵, un token perteneciente a la plataforma descentralizada de contratos inteligentes Ethereum. Este tipo de token acopla la idea que venimos diciendo: en primer lugar, no posee su propia blockchain, como las criptomonedas, sino que éstos circulan en la cadena de bloques de Ethereum; en segundo lugar, cualquier transacción que involucre el token, será realizada y dependerá de la red Ethereum; y, en tercer lugar, dicho token, además, no representa dinero, sino que, como decía, aporta un valor añadido, representa un activo, que es, en este caso, un tipo estándar, previsto para crear interoperabilidad y compatibilidad entre tokens y fomentar mejoras en el ecosistema de Ethereum, lo que salvaguarda la parte económica y utilitaria de este token.

4.2. TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS INMOBILIARIOS.

De todo lo anterior, podemos afirmar que los tokens vienen a representar cualquier activo negociable; luego, también representan activos inmobiliarios, y en función de la naturaleza de los derechos reales que represente, hablamos de un tipo de token o de otro.

Por tanto, hablamos de un nuevo fenómeno: la tokenización de activos inmobiliarios, como mecanismo que pretende la representación de un derecho real de una persona, determinada, sobre un bien inmueble, a través de un archivo digital denominado token en una red de Blockchain. Sobre este asunto, cabe citar a Registradores de la propiedad y mercantil que han abordado esta cuestión, CAMPUZANO GÓMEZ- ACEBO y SIEIRA GIL⁴⁶ quienes señalan, ya en su prefacio, que la tokenización de activos inmobiliarios conlleva la

⁴³ Sobre la naturaleza jurídica de los tokens, Vid. PASCUAL MALDONADO, J. (2019).: “Tokenización de activos: naturaleza jurídica del Token y del Activo”, *Revista Jurídica LegalToday*.

⁴⁴ PARRRONGO, L. (2018).: “Tecnología Blockchain, una nueva era para la empresa”, op.cit. pp. 20.

⁴⁵ ERC-20: Su nombre significa, “Ethereum Request for Comments” y el número 20 se establece como un identificador estándar para distinguirlo de los demás.

⁴⁶ Sobre tokenización de activos inmobiliarios y Smart Contratos, Vid. CAMPUZANO GÓMEZ- ACEBO, J. y SIEIRA GIL, J. (2019).: “Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, pp. 2277.

simultánea existencia del activo físico y la representación digital (el token), y han de estar inseparablemente unidos, pues, sin esta vinculación permanente, la tokenización de activos inmobiliarios está condenada a la intrascendencia jurídica.

El proceso de tokenización inmobiliaria, en palabras de CAMPUZANO y SIEIRA, resulta peculiar por razón de su objeto y por las nuevas formas de contratación y transmisión de bienes inmuebles que propone⁴⁷. Nos referimos a derechos reales, distintos de los derechos obligacionales, lo que determina la aplicabilidad de un régimen jurídico distinto en relación a su constitución, transmisión y formalización.

Frente a terceros, la protección, existencia y titularidad de derechos reales se logra mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Digitalizar activos inmobiliarios conlleva la consecución de la contratación inmobiliaria mediante Blockchain, como una forma digital que acrediten la existencia de los negocios jurídicos inmobiliarios – acogiéndose a libertad de forma contractual prevista en el art. 1278 CC – pero no equiparable a la institución del Registro de la Propiedad, el cual es un registro de derechos que otorga protección registral, no sólo se limita a constatar la existencia de un negocio jurídico inmobiliario sino que realiza un pronunciamiento jurídico erga omnes de su existencia, titularidad y contenido de actos o hechos jurídicos de derechos reales sobre bienes inmuebles, con un control previo de legalidad.

Por tanto, no cabe confundir forma contractual – respecto de lo cual nuestro CC es bastante flexible – con publicidad registral.

Entendido esto, inferimos que la tokenización inmobiliaria no va a suponer alteración de las reglas generales en materia de constitución y transmisión de activos inmobiliarios, es decir, en aplicación del art. 609 CC, los derechos reales sobre bienes – muebles e inmuebles – se adquieren y transmiten por adquisición originaria (ocupación, o transmisión por ley, donación, sucesión testada e intestada o prescripción), y también por adquisición derivativa, es decir, aquella que, según SÁNCHEZ CEBRIÁN⁴⁸ requiere concurren dos elementos; el título, que es el contrato por el que se transmite el bien; y la traditio, que es el desplazamiento posesorio del bien transmitido, con ánimo de transmitir y adquirir el dominio. Estos dos elementos son de suma importancia para que el adquirente del token pueda ser considerado jurídicamente como adquirente del derecho real inmobiliario. Sin entrar en las distintas formas de traditio (que son la real, simbólica y consensual, según arts. 1462-1464 CC), son aplicables a transmisiones tokenizadas. Por tanto, cabe la tokenización de activos inmobiliarios constatables en Blockchain, limitada estrictamente a una modalidad o forma contractual que exterioriza la declaración de voluntad de las partes, no como registro jurídico de derechos, y, además, cabe la tokenización salvaguardando los medios de transmisión de la propiedad, teoría del título y del modo, a efectos de que el adquirente del token pueda ser considerado jurídicamente como adquirente del derecho real inmobiliario.

⁴⁷ CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. y SIEIRA GIL, J. (2019).: “Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral” op. cit. pp. 2281.

⁴⁸ SÁNCHEZ CEBRIÁN, J.(2008).: “La teoría general de la transmisión de bienes y el Registro de la Propiedad en España” *Revista de Derecho*, núm. 30, pp.12.

Comprendido este proceso de tokenización, llegamos a un estadio crucial, y es que el adquirente de dicho real inmobiliario, tokenizado, podrá optar voluntariamente a inscribirlo en el Registro de la Propiedad, pero, en este caso, según nos ilustran CAMPUZANO y SIEIRA, acudir al Registro deviene de máximo importancia en la tokenización debido a que dicha institución se erige como instrumento jurídico que conecta el derecho real (activo físico) con su representación digital (token) y brinda plenas garantías jurídicas, como la representación derecho real inscrito mediante el token, al margen de lo que ocurra extrarregistralmente, protegiendo la figura del tercero protegido por el art. 32 lh, y también por el art. 34 lh. Así, con esta plena vinculación con el Registro, se activa el crédito y la economía, pues si el derecho real tokenizado no está inscrito, poco, o nulo interés económico va a tener la adquisición del derecho real.

5. INFLUENCIA DE BLOCKCHAIN EN LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS QUE INSPIRAN NUESTRO SISTEMA REGISTRAL

a) PRINCIPIO DE ROGACIÓN

En el procedimiento registral se actúa a instancia de parte, y, de manera excepcional, actúa el Registrador de oficio (art. 6 LH). En el ámbito de la cadena de bloques, hay un matiz, y es que es de acceso imilitado, mientras que en las Blockchain permissionadas cabe esa iniciativa a instancia de parte pero con supervisión o autorización y control de las operaciones o transacciones anotadas por los nodos interconectados.

b) PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Para que el documento tenga acceso al registro ha de ser válidos y perfecto, para lo cual despliega el Registrador serios controles jurídicos, mediante calificación registral que examina la validez externa e interna del título, garantizando, en su caso, mediante la práctica del asiento de presentación, una presunción iuris tantum de exactitud a favor del titular actual inscrito y una protección para los terceros que adquieran y sean protegidos por el artículo 34 LH.

Tales controles de legalidad, que examinan el más mínimo detalle, como puede ser, en el ámbito contractual, tanta casuística como el hecho de si las parten prestan consentimiento libre y voluntariamente, si son quienes dicen ser, que no tienen su capacidad modificada judicialmente, que el momento de la prestación los otorgantes estaban en pleno uso de sus facultades, que si actúa por medio de representante, los términos de la delegación sean claros, y un largo etcétera, requieren del análisis detallado de estos operarios jurídicos, labor que, aun, no es asumible por Blockchain.

c) PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Implica concretar en la inscripción registral del objeto de la publicidad registral; por objeto se refiere tanto a la finca como al derecho real sobre la misma. Principio regulado en el art. 9 LH y 51 RH. Exige la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral.

En el ámbito de Blockchain, debe recordarse que las exigencias materiales del principio de especialidad pueden cubrirse sin limitaciones, en cuanto que el contenido jurídico y la delimitación de los derechos, facultades o características

de los activos, derechos o personas inscritos pueden especificarse en la medida deseada, encriptando cualesquiera datos que se pretendan fijar. Además, esta exactitud del contenido variará según el contenido de la transacción, ya sea de tipo económico, jurídico, o una mera transmisión de datos.

d) PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

En términos claros, el tracto sucesivo consiste en un encadenamiento de las sucesivas transmisiones del dominio, de tal manera que la nueva transmisión se apoye en la anterior (v.gr. si pretendo inscribir la venta de una finca, antes es preciso que el que vende figura en la matrícula como propietario).

Un sistema Blockchain⁴⁹ no puede garantizar la legalidad de cada cambio de titularidad. Volvemos a lo anterior, la labor de los Registradores trasciende más allá de anotar en un libro - que es a lo que se circunscribe Blockchain - realizan una calificación jurídica de todos los documentos, de tal modo que aquel quien pretenda inscribir la venta de una finca, primero deba constar como titular registral, por ejemplo. La constancia del cambio sucesivo de titularidades requiere previos controles de Derecho que, hasta la fecha, no garantiza Blockchain.

Si bien es cierto esta red plasma las sucesivas transacciones y el encadenamiento de titularidades, aun no garantiza la titularidad legítima de todas estas y tampoco ofrece respuesta a figuras como el tracto abreviado, o la reanudación del tracto.

e) PRINCIPIO DE PRIORIDAD

De la lectura del art. 17 LH, podemos inferir que este principio impide dar rango preferente a una situación jurídico real presentada con posterioridad a un derecho real ya inscrito. En este sentido, se considera la fecha del asiento de presentación para todos los efectos que se deban de producir (art. 24 LH).

En este sentido, recordamos Stampery, el cual vela por esa preferencia a través estampación digital de la firma que permite cerrar un bloque. Blockchain también emplea, en cierta manera, un sistema de exclusión, de tal manera que cada cierre de bloque contiene una realidad jurídica inscrita, contra la que no puede oponerse un título extrarregistral que pretenda acceso registral posterior, y ello gracias a esos caracteres de inmutabilidad de la información previamente registrada en la cadena.

f) PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

Efectuados los controles citados supra, el Registrador procede a la inscripción del acto o contrato. La cuestión que nos afecta es determinar el valor de la inscripción en Blockchain para mutar situaciones jurídicas preexistentes. El Registro en España, en primer lugar, no crea derechos, pero sí cuando lo permite el legislador; y, en segundo lugar, tiene como finalidad garantizar, mediante la publicidad de datos, la oponibilidad de su contenido frente a terceros. Blockchain puede cumplir sendas funciones, en primer lugar, ha de entenderse que los datos encriptados son datos inscritos, y que los datos inscritos son publicables, y garantiza así la oponibilidad frente al resto de nodos

⁴⁹ Respecto al efecto o impacto de Blockchain en cada principio hipotecario, Vid. IBÁÑEZ JIMÉNEZ,

J.W. (2018).: *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, Alastria, Ed. Dykinson, pp. 49-60.

mientras el legislador le reconozca esa eficacia. En este aspecto, hay un amplio reto jurídico por desarrollar, para pulir aspectos relativos a si la inscripción en Blockchain será opcional, u, obligatorio, así como su alcance y eficacia probatoria.

g) PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN Y FE PÚBLICA REGISTRAL

Practicado el asiento de inscripción, el Registro proporciona una doble protección a través de una doble presunción. En primer lugar, una presunción *iuris tantum*, esto es, se considera, salvo prueba en contrario, la legitimación registral a favor del titular inscrito.

En el ámbito de Blockchain, permisionado bajo control del Registrador, podrá desplegar efectos la presunción de exactitud referida y asociada al principio de legitimación, siempre que los derechos nacidos en la red o inscribibles según la ley en la cadena, queden bajo tutela judicial y produzcan eficacia hasta que se declara su eventual inexactitud, y se establezca formalmente la presunción legal de existencia y pertenencia de los derechos cuyos datos se encriptan a favor de sus titulares.

En segundo lugar, una presunción *iure et de iure* (que no admite prueba en contrario) a favor de los terceros adquirentes que, reuniendo los requisitos del art. 34 LH, les atribuye una posición inatacable. El Registro, a fin de proteger a los terceros adquirentes de buena fe, la ley reputa, por este principio, exacto el contenido de los libros hipotecarios, aun en el caso de que los términos de sus asientos no concuerden con la realidad jurídica extrarregistral; de tal manera que la exactitud que se predica del registro implica que el que adquiere confiado en él, lo hace con la extensión y contenido que aparece en el mismo, siendo mantenido en su adquisición, aun en el caso de que la titularidad de quien le transmitió resulte ineficaz por causas de nulidad o resolución. que consiste en el principio de fe pública registral.

En el ámbito Blockchain, hay varios aspectos a pulir. En primer lugar, cabe la inexactitud del registro en Blockchain, es decir, discordancia entre la realidad extrarregistral y la registrada, de modo que acceda una titularidad irregular o ilegítima, de tal modo que el carácter fraudulento que vicia a los documentos mismos, o afecte a la titularidad, se mantendrá tal cual, subsistiendo el defecto en la red a lo largo de las sucesivas transacciones que posteriormente se realicen en la cadena. Además, para proteger a terceros adquirentes, es preciso que obren de buena fe, es decir, que confíen en la veracidad y exactitud del contenido inscrito, de ahí la íntima relación entre el principio de legitimación y el de fe pública registral.

Por tanto, antes de haber cabida al reconocimiento del principio de fe pública registral en Blockchain, es preciso, primero, se reconozca el efecto mínimo de la inscripción (principio de legitimación), de tal modo que la información que conste en Blockchain se reputa, legalmente, exacta y veraz, y, atado esto, emanará el segundo efecto, que es el de fe pública registral, a fin y efecto de proteger al tercer adquirente que confía en la exactitud del contenido de Blockchain, y del que se derive el efecto de proteger las adquisiciones de terceros aun en el caso de que adquiere del no titular. Por lo tanto, es preciso regulación específica para prever tutela análoga al tercero protegido por el art. 34 LH en el terreno de Blockchain, de tal manera que el que adquiere tokens en Blockchain de persona que no sea titular legítimo, se le mantenga en su adquisición, siempre, claro está, primero regule este sistema el principio de

legitimación, dotando, legalmente, de validez, veracidad y exactitud el contenido de la red.

5.1. IMPACTO EN EL ÁMBITO REGISTRAL

Blockchain presenta otra clara aplicación en el ámbito registral. Si partimos de lo ya expuesto, Blockchain – cadena de bloques – es, esencialmente, un registro, un libro contable que almacena un historial de datos y es compartido por múltiples usuarios – es descentralizado -. No obstante, en este punto, conviene matizar la radical diferencia que traería consigo el impacto de Blockchain según irrumpa en un registro de documentos (como opera en Francia o EEUU) o en un registro de derechos (como es nuestro caso y el de Alemania).

En palabras de PAÑOS PÉREZ⁵⁰ mientras los registros de documentos tan sólo se limitan a certificar la fecha y hora de entrada de un documento en el Registro, los registros de derechos realizan un examen detallado de los documentos que acceden al mismo, documentos que incorporan bienes inmuebles con un historial jurídico-real, provisto de múltiples vicisitudes jurídicas, o cargas, o titularidades reales, que requieren de un examen e interpretación con arreglo a Derecho y a la legislación hipotecaria, a fin de que la calificación registral surta efectos de legalidad, legitimación y fe pública registral, se proteja la figura al tercer hipotecario (que no es más que el sujeto beneficiario de la fe pública, aunque la información registral no sea fiel reflejo de la extrarregistral). Esta función, que asume el Registrador de la propiedad, con responsabilidad, no puede, a mi parecer, automatizarse.

En segundo lugar, otro asunto bastante acusado acerca de la importancia de Blockchain en el ámbito registral estriba en la publicidad que ofrece dicha red. En este punto, traigo a colación Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 2014, por virtud de la cual define en su Fundamento de Derecho 1º, y resumo, tres requisitos necesarios – entre otros - para dar publicidad a la información que consta en el registro: 1º es necesario identificar a la persona que actúa, o en cuyo nombre se actúa, 2º el interés ha de ser legítimo, no ajeno a la publicidad registral, 3º se debe proteger la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Si volvemos a Blockchain, sabemos que a sus usuarios sólo se les conoce mediante su clave pública, sin más datos que desvelen su identidad, pero toda la información almacenada en la cadena de bloques es libremente accesible por cualquier persona – esté operando o no con ella -. Esto no obstante contraviene el funcionamiento de nuestro sistema registral, en el que, según los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, aun partiendo del principio general de publicidad, el contenido del Registro sólo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información, según esta Resolución de la DGRN de 10 de marzo de 2016.

De nuevo, apreciamos la importancia de la función que acomete el Registrador de la Propiedad, y que no podría ser asumido por un sistema computarizado, y es

⁵⁰ PAÑOS PÉREZ, A.(2019).: “Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de Blockchain”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, pp. 2926.

la garantía de dar publicidad a la información del Registro a quien acredite interés legítimo, salvaguardando el derecho a la protección de datos de los titulares registrales.

En conclusión, opino Blockchain debe funcionar como una cadena de bloques, de tipo privada, que opere como complemento o medio técnico de la labor del Registrador, y, por tanto, se halle bajo el control de estos profesionales del Derecho— y así, al menos en el Registro de derechos, los documentos que accedan o salgan de Blockchain superen el previo filtro registral en arar de hacer, de nuestro sistema registral, un sistema que legitime las titularidades registrales, proteja a terceros adquirentes y, así, se atesore la máxima del Registro de la Propiedad, que, según JIMÉNEZ PARÍS⁵¹, no es otra que dar seguridad jurídica al tráfico jurídico inmobiliario y al crédito hipotecario.

Dejando aun lado mi parecer, resulta innegable que Blockchain ya presenta interesantes usos en distintos puntos del mundo, ya se lanzan proyectos pioneros al respecto, entre los que cabe mencionar: empresas como Tierion o Proof of Existence ya ofrecen este tipo de servicios.

Sus posibilidades son significativas tanto en el sector empresarial como el público, por ejemplo:

Factom está colaborando con el gobierno de Honduras en el desarrollo de un programa basado en blockchain para gestionar el registro de la propiedad de la tierra⁵²; y la República de Georgia se ha asociado con Bitfury para desarrollar títulos de propiedad basados en tecnología blockchain para la Agencia Nacional de Registro Público del país. El gobierno de Japón ha anunciado también que unificará todos registros en un único registro de la propiedad y bienes raíces basado en blockchain y en Europa, [Suecia ya está probando un sistema de este tipo](#).

En España, el Colegio de Registradores y la asociación Alastria (descrita supra) – la primera red nacional basada en blockchain del mundo, desarrollada supra – están diseñando los métodos para agilizar la gestión, mediante blockchain, de los cuantiosos documentos que tramita dicho colegio.

Además, merece especial mención el proyecto lanzado por el Colegio de Registradores: REGTURI, para registrar propiedad con uso turístico, el cual está basado en blockchain. Con este nuevo sistema, las autoridades pueden identificar cuáles propiedades se encuentran disponibles de forma legal para su alquiler turístico. Asimismo, ofrece la capacidad de organizar y conectar a los distintos organismos encargados de velar sobre el buen funcionamiento de [la industria turística](#) española.

En suma, cabe afirmar que Blockchain, pese a que aun no tenga plena acogida en el ámbito registral como sustitutivo del Registrador de la Propiedad, sí despliega interesantes aplicaciones en el ámbito de la Administración Pública y otras empresas que deseen optimizar sus procesos comerciales aprovechando las bondades que ofrece esta tecnología.

⁵¹ JIMÉNEZ PARIS, T.A.(2016).: La publicidad de los derechos reales y el Registro de la Propiedad en España”, Universidad Complutense de Madrid, pp. 4-5.

⁵² ARRUÑADA, B. (2018).: “Limitaciones de Blockchain en contratos y propiedad” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 94, núm. 769, 2018, pp. 2565-93.

6. BREVE REFLEXIÓN SOBRE BLOCKCHAIN Y SU VIABILIDAD EN EL ÁMBITO REGISTRAL

I. Respecto a la irrupción de Blockchain en nuestra sociedad, parece fuera de toda discusión que trae consigo un nuevo paradigma tecnológico, una nueva forma de entender las relaciones sociales en un mundo globalizado y totalmente conectado. Es consabido que esta cadena de bloques ofrece utilidades de interés en ámbitos tan variados como los registros públicos y privados, los sistemas de votación, la gestión de la propiedad intelectual, los contratos, y ello debido a que se instituye como registro compartido, digitalizado, que no puede modificarse una vez que una transacción ha sido registrada, previo consenso entre los participantes (nodos) de dicha red, garantizando la inmutabilidad de la información, su seguridad mediante la criptografía y los algoritmos de consenso y lo que resulta más revolucionario, descentralizando la confianza depositada en “terceros”, ya sean instituciones financieras, gubernamentales o privadas.

II. Blockchain ofrece claras ventajas, pero adolece de regulación que le brinde seguridad jurídica; considero, sin embargo, apremia, con carácter previo, dilucidar, de forma concluyente, la naturaleza y finalidad de esta tecnología y, desenmarañado esto, poner en marcha una regulación en un sentido o en otro, interín ello no se determine, observamos un vacío legal en este aspecto. Por ello, esta laguna fecunda debate entre profesionales de múltiples disciplinas, aportando cada cual una visión distinta acerca de la finalidad de Blockchain; unos lo contemplan como algo halagüeño – pues ofrece seguridad, rapidez y descentralización en las transacciones-; otros, destilan más desánimo en sus estudios – debido a que se puede hacer mal uso de Blockchain para fines de financiación de terrorismo o blanqueo de capitales-.

III. Las bondades que ofrece Blockchain resultan incuestionables. No obstante, el trabajo presente ha pretendido abordar las aplicaciones de esta tecnología en el ámbito registral, así como la posibilidad de sustituir a estos operarios jurídicos y reducir costes de intermediación.

En el ámbito registral, este trabajo concluye que Blockchain, como base de datos, digitalizado y descentralizado, es un complemento idóneo para la labor del Registrador en cuanto a registro distribuido con capacidad para almacenar datos, historiales registrales, de manera segura e inmutable, algo de importancia indudable en un registro de documentos, no de derechos, como es el nuestro. No obstante, como decía, Blockchain se limita a complementar la labor del operario jurídico, pues aun carece de los mecanismos eficaces que suplan la función de legalidad, seguridad, y publicidad jurídica que aportan los Registradores de la Propiedad. En segundo lugar, otra intención pretendida en esta investigación ha sido dilucidar si cabe tokenizar activos inmobiliarios, y hemos podido razonar que, aunque todos los derechos reales inmobiliarios sean susceptibles de tokenización, requieren no obstante una perfecta vinculación -, labor que desempeña el Registrador de la Propiedad (con los debidos controles de legalidad), debido a que sin constancia registral del token, el interés económico del mismo y de lo que representa sería mínimo o, incluso, nulo, pues no inspiraría confianza ni potenciaría el crédito inmobiliario, sino que serían meras transmisiones inter partes, sin producir efectos generales erga omnes, ni acogerse a la protección que dimanar de los principios hipotecarios, algo

análogo a las operaciones o documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUÑADA, B. (2018). "Limitaciones de blockchain en contratos y propiedad", *Revista Crítica de Derercho Inmobiliario*, núm. 769, pp. 2465-93.
- BRANCÓS, E "Blockchain, función notarial y registro", *Revista El Notario del Siglo XXII*. CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. y SIEIRA GIL, J. (2019).: "Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, pp. 2277.
- CASTELLÁ MARTÍNEZ, D (2011) *Competencia distribuida en Entornos Peer-to-Peer con calidad de servicio*. pp. 5
- CASANUEVA CAÑETE, D. Y LÓPEZ DE LA CRUZ, N.: "Características Destacables" *Documentos-Institutos de Estudios Fiscales*, nº10, 2018, pp. 80-81.
- CONESA, C: Bitcoin: ¿Una solución para los sistemas de pago o una solución en busca de problema? Banco de España. Documentos Ocasionales, op. cit. pp. 9-11.
- GIL SORIANO, A (2015): "Monedas Virtuales: Aproximación Jurídico-Tributaria y Control Tributario" *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. pp. 73.
- GÜN SIRER, E., EYAL, I. (2013).: *Majority is not enough: Bitcoin Mining is Vulnerable*, Department of Computer Science, Cornell University.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W. (2018).: *Blockchain:primeras cuestiones en el ordenamiento Español*. Alastria. Editorial: Dykinson S.L. 1ªEdición.
- JIMÉNEZ PARIS, T.A.(2016).: "La publicidad de los derechos reales y el Registro de la Propiedad en España", Universidad Complutense de Madrid.
- LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). "Retos Jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de Blockchain", *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, vol.VI, núm.1, pp.177-237.
- MOLINA MATEOS, J.M. (1998). *Aspectos Jurídicos de la protección cristológica de la información y las comunicaciones*. pp. 203.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2019).: *Revolución Digital, Derecho Mercantil y Token Economía*, Capítulo 14: "Las criptomonedas como activo financiero" Editorial Tecnos, 1ª Edición.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2019). "Criptomonedas (en especial, bitcoin y blanqueo de dinero" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21-14, pp. 3.
- NIETO GIMÉNEZ-MONTESINOS, M.A. y HERNÁEZ MOLERA, J. (2017).: "Monedas Virtuales y Locales: Las Paramonedas, ¿Nuevas Formas de Dinero? *Revista de Estabilidad Financiera, Banco de España*, núm. 35, pp. 110.
- NUÑO BARRAU, G (2018): "Implicaciones de política monetaria de la emisión de dinero digital por parte de los bancos centrales" *Boletín Económico 3/2018, Artículos Analíticos, Banco de España*, pp.1.
- PAÑOS PÉREZ, A.(2019).: "Registro de la Propiedad como sistema de garantía en la era de Blockchain", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 776, pp. 2926.
- PARRA BARRIOS, A. (2017).: "Flexibilización cuantitativa: características e impacto en las economía de los Estados Unidos y Colombia", *Revista Escuela de Administración de Negocios*, núm. 82, pp. 3-4.
- PARRRONGO, L. (2018).: "Tecnología Blockchain, una nueva era para la empresa", *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 27, pp. 19.
- PALOMINO SELEM, C. (2013).: "Efectos de la política monetarira de flexibilización cuantitativa en Estados Unidos de América sobre el empleo". *Pensamiento crítico*, pp. 81.
- PASCUAL MALDONADO, J. (2019).: "Tokenización de activos: naturaleza jurídica del Token y del Activo", *Revista Jurídica LegalToday*.
- PORXAS, N. y CONEJERO, M. (2018). "Tecnología Blockchain: Funcionamiento, Aplicación y Retos Jurídicos relacionados", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, pp. 24-36.
- PREUKSCHAT, A. (2017). *Blockchain: La Revolución Industrial de Internet*, Editorial Gestión 2000, 1ª edición, pp.23.
- SÁNCHEZ CEBRIÁN, J.(2008).: "La teoría general de la transmisión de bienes y el Registro de la Propiedad en España" *Revista de Derecho*, núm. 30, pp.12.

EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO Y LA RECONFIGURACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA JURÍDICA

COLLABORATIVE HOUSING AND THE RECONFIGURATION OF THE COLLABORATIVE ECONOMY FROM A NEW LEGAL PERSPECTIVE

Dr. José María Botello
Profesor Ater de Derecho Privado
Universidad Paris-Nanterre, Francia

Fecha de recepción: 10 de abril de 2020
Fecha de aceptación: 03 de mayo de 2020

RESUMEN: En el presente artículo trataremos de fijar los límites jurídicos del llamado alojamiento colaborativo a través de la reconfiguración del fenómeno socioeconómico del que, en principio, tiene origen; es decir, de la mal llamada economía colaborativa. De este modo, delimitando qué entendemos por economía colaborativa, será posible identificar el marco jurídico en el que se inscriben, consecuentemente, los alojamientos que, verdaderamente, se pueden calificar como colaborativos, estableciendo los límites con respecto a los arrendamientos vacacionales, alquileres turísticos y los intercambios de viviendas.

ABSTRACT: In this article we will expose a (necessary) reconfiguration of the concept of sharing economy from two different perspectives. First, we will redefine the concept of sharing economy according to a literal interpretation of the concept based on a non-profit principle or the absence of an economic exchange (pecuniary or non pecuniary). Then and from a conceptual standpoint, we will propose the use of an alternative term, circular economy 2.0- instead of sharing economy- to conceptualize a socio-economic phenomenon that exceeds the act of collaborating. Thus and finally, we will study the main consequences of the reconfiguration of the concept in one of its major constituent sectors: collaborative housing.

PALABRAS CLAVE: Economía colaborativa, Alojamiento colaborativo, Plataforma digital, Ánimo de lucro, Intercambio económico, Arrendamiento vacacional, Alquiler turístico, Economía circular 2.0

KEYWORDS: Sharing economy, collaborative housing, digital platform, profit motive, economic transaction, tourism rental, circular economy 2.0

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- RECONFIGURANDO LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2.1.- REDEFINIENDO LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2.2.- UN NUEVO TÉRMINO PARA CONCEPTUALIZAR EL FENÓMENO SOCIOECONÓMICO MAL LLAMADO ECONOMÍA COLABORATIVA: LA ECONOMÍA CIRCULAR 2.0. III. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ALOJAMIENTO COLABORATIVO EN BASE A LA ECONOMÍA VERDADERAMENTE COLABORATIVA. 3.1.- EL ALOJAMIENTO VERDADERAMENTE COLABORATIVO. 3.2.- EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO Y FIGURAS SIMILARES NO COLABORATIVAS. IV.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN¹

Es una posición pacífica afirmar que el desarrollo de las nuevas tecnologías y el auge de las plataformas digitales, conjuntamente con la crisis económica mundial de 2008, así como otros factores diversos derivados de lo anterior - cambio sociocultural y un deterioro medioambiental a nivel global-², han dado lugar al fenómeno socioeconómico que actualmente se viene calificando (erróneamente desde nuestro punto de vista) como economía colaborativa, sobre el cual la revista TIME³ comentó que se trataba de una de las diez ideas que cambiaría el mundo. Sin embargo, no lo es el uso del término economía colaborativa para referirse al mismo. En efecto, no existe una definición comúnmente aceptada sobre la economía colaborativa ni, por ende, de los diferentes sectores económicos que la componen, como los alojamientos colaborativos.

De este modo, y en aras de lograr una eventual regulación-identificación del fenómeno en cuestión, en el presente artículo criticaremos, precisamente, el uso generalizado (y sorprendentemente normalizado) del uso del término economía colaborativa para reflejar una realidad que trasciende lo colaborativo⁴. En su lugar, ofreceremos una nueva definición (puramente literal)

¹ El contenido de este artículo forma parte del Proyecto de Tesis doctoral que actualmente realiza este autor, que pertenece al Grupo de Investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado.

² En este sentido, la COMISIÓN EUROPEA (2016a, p. 11) señala que los factores del desarrollo de la economía colaborativa son *tecnológicos, económicos y sociales*. Igualmente, BOTSMAN (2013) señala cinco factores fundamentales de tal avance: *la economía, el cambio demográfico y social, el cambio climático y la tecnología*. Por su parte, GANSKY (2010, p. 35 y 67), entiende que también existen cinco tendencias que favorecen el florecimiento de la economía compartida o, como a ella se refiere, de *la malla*, que son la crisis económica, el *replanteamiento de los ciudadanos del valor de sus vidas*, el *cambio climático y la escasez de recursos*, la *mayor densidad de las ciudades* y, finalmente, las *redes de información*.

³ TIME (2011).

⁴ En esta línea, dispone GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a. B. (2018). “Alojamiento y Viviendas de uso turístico”, en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer, pp. 153, que, <<de hecho, este carácter colaborativo, como definitorio de la realidad del auge de las viviendas turísticas, puede considerarse como “absolutamente desbordado” en la actualidad (v. M^a. L. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY (..) la oferta de viviendas para uso temporal en el sector del alojamiento turístico ha mutado a un verdadero negocio, existiendo ánimo de lucro en

del término delimitada por la existencia o no del ánimo de lucro, y propondremos el uso alternativo del término economía circular 2.0 para referenciar la realidad socioeconómica que con el mismo se pretende erróneamente reflejar al sobrepasar con creces el ámbito netamente colaborativo (II), cuyas ventajas y beneficios jurídicos reflejaremos en el análisis concreto de los alojamientos (verdaderamente) colaborativos (III).

II. REDEFINIENDO LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Creemos que todo análisis jurídico, con pretensión regulatoria de esta realidad socioeconómica -mal llamada- economía colaborativa (y consecuentemente del alojamiento calificado colaborativo), debe solventar, con carácter previo, algunos interrogantes básicos: ¿Qué es la economía colaborativa? ¿Es verdaderamente colaborativa? Y, en ese caso, ¿qué se entiende por colaborar o compartir?

Para dar respuesta a estas cuestiones, estudiaremos el significado puramente literal del término economía colaborativa (2.1), restringiéndolo -como es previsible- a la mera acción de colaborar. Con ello, pretendemos resaltar que, precisamente, el uso de economía colaborativa no es el adecuado para conceptualizar una realidad socioeconómica que sobrepasa la colaboración, proponiendo en su lugar el uso del término economía circular 2.0 (2.2).

2.1. REDEFINIENDO EL TÉRMINO ECONOMÍA COLABORATIVA

Ante la incertidumbre que rodea el concepto de economía colaborativa (2.1.1), vamos a exponer, a través del significado literal de las palabras economía y colaboración (2.1.2), conjuntamente con la relevancia del ánimo de lucro (2.1.3), qué representa el término economía (verdaderamente) colaborativa (2.1.4).

2.1.1. ECONOMÍA COLABORATIVA: EL INCONVENIENTE DE SU INDETERMINACIÓN

Doctrinalmente no existe un consenso sobre qué es la economía colaborativa⁵. Actualmente no se puede afirmar qué es y qué no es la

los oferentes, propietarios o explotadores (...) ya no siempre particulares. La intervención de los oferentes comienza a revestirse del carácter de la habitualidad, propio del ejercicio profesional de la actividad económica. Se llega incluso a invertir en este negocio>>.

⁵ DIAZ, MARCUELLO y MONREAL (2016, p. 28), señalan que <<La novedad del término supone que no exista una definición generalmente aceptada del mismo, existiendo un debate sobre las características que deberían tenerse en cuenta (...)>>. DE LA ENCARNACION VARCÁRCCEL (2016, p. 32), apunta que << Un importante problema al que se enfrenta esta nueva tendencia es la de su propio significado>>.

economía colaborativa, de modo que es difícil enumerar características comunes que la identifiquen jurídicamente⁶. Tal es la complejidad que el propio COMITÉ DE LAS REGIONES EUROPEO⁷ reconoce que << (...) algunos autores prefieren no intentar siquiera una definición por temor a que no sea suficientemente amplia o, por el contrario, a que no circunscriba bien su ámbito>>.

De entre las diversas y heterogéneas definiciones sobre economía colaborativa⁸, extraemos que, de forma general, el elemento esencial parece

⁶ Entre otros, FERNÁNDEZ PÉREZ (2018, p. 253) comenta que se trata de <<un término absolutamente ambiguo, y que en la práctica acoge a modelos muy diferenciados, algunos que nada tienen que ver con las experiencias del compartir>>. MONTERO PASCUAL (2017, p. 23) concluye que <<La economía colaborativa es una realidad que no está resultando de fácil categorización. Como todo fenómeno nuevo y profundamente transformador, ha generado múltiples debates para definir sus elementos identificativos (...). Solo el paso del tiempo ha ido asentando las reflexiones que permiten definir los elementos identificativos de la economía colaborativa y delimitar el concepto>>. MÉNDEZ PICAZO y CASTAÑO MARTÍNEZ (2016, p. 11) señalan que << (...) el concepto de economía colaborativa, al contemplar tantas actividades y formas diferentes, aun no está claramente definido (...) existen numerosas definiciones de economía colaborativa, unas más amplias que otras>>.

⁷ Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — La dimensión local y regional de la economía colaborativa, (2016/C 051/06), del 2 de febrero de 2016. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015IR2698>)

⁸ Entre otros, TODOLI SIGNES (2017, p. 80) comenta que <<la economía colaborativa está formada por aquellas empresas que buscan explotar bienes personales infrautilizados --una habitación, un coche, una cocina, salas de reuniones-- convirtiendo a los propietarios en micro-emprendedores, aumentando de esta forma la competencia en los mercados y proveyendo a los usuarios con mayores opciones. De esta forma, en las empresas de economía colaborativa, los individuos ofrecen "compartir" sus bienes personales a potenciales consumidores a través de las plataformas virtuales. La economía colaborativa se basa, no en la venta de un bien a través de una plataforma virtual, sino en su alquiler>>. Por su parte, LUCAS DURÁN (2017, p. 143) expone que <<la economía colaborativa se refiere a operaciones de entregas de bienes y prestaciones de servicios llevadas a cabo básicamente entre particulares en relación, generalmente, con recursos ociosos (de bienes y tiempo --si es que puede entenderse el tiempo como un recurso ocioso--), siendo así que las personas oferentes de dichos bienes y servicios se ponen en contacto a través de plataformas de internet>>. En este sentido, SORIA BARTOLOMÉ (2017, 69) considera que la <<economía colaborativa es aquella en la que un agente (el prestador) facilita a otro (el usuario) la utilización temporal de un bien (el activo) que no fue adquirido para dedicarlo al uso por terceros, realizándose la transacción a través de un intermediario electrónico (la plataforma)>>, opinión compartida por NAVARRO EGEA (2017, p. 530) que añade que <<no cabe duda de que la economía colaborativa es una oportunidad de negocio para muchos emprendedores, como también lo es para las empresas multinacionales que operan a escala global aprovechando la integración de las economías y mercados nacionales (...) con el afán de maximizar el beneficio>>. Y para finalizar, y por hacer una breve exposición de la concepción general de la doctrina sobre este concepto, PACHECO JIMÉNEZ (2016, p. 77) define la economía colaborativa como << (...) aquella manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles como intangibles (tiempo, espacio, hobbies) a través de la tecnología moderna y las comunidades sociales. En definitiva, la mecánica tradicional se ha redefinido para llegar a este nuevo modelo gracias a los avances tecnológicos y sociales, sin olvidar el contexto de crisis económica donde se gesta>>, a lo que DIAZ, MARCUELLO y MONREAL (2016, p. 27), precisan que <<la economía colaborativa es un concepto emergente en el ámbito de la empresa y la economía en los últimos años, que plantea la aparición de nuevas oportunidades de negocio y de generación de ideas basadas en las tecnologías de la comunicación. De forma recurrente, se asocian a este modelo aspectos como la confianza, la

ser el uso de plataformas digitales o webs 2.0. De hecho, algunos autores usan el calificativo de plataformas colaborativas⁹ en lugar de plataformas digitales, o sustituyen economía colaborativa por economía de plataformas¹⁰. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, este factor no es suficiente (ni mucho menos justificativo) para hablar de una (nueva) economía colaborativa confrontada a la economía tradicional¹¹. En este sentido, creemos que quedan numerosas cuestiones sin resolver fundamentales para una eventual regulación del fenómeno¹². ¿Qué diferencia, entonces, la economía colaborativa del comercio electrónico? ¿Qué no es la economía colaborativa?; ¿Es o no un sistema económico diferenciado del tradicional? ¿Es necesaria realmente la modificación de las normas jurídicas preexistentes¹³? ¿Qué tipo de sujetos intervienen: particulares, profesionales, *prosumidores*? ¿El uso de plataformas digitales es un requisito *sine qua non* de esta nueva realidad? ¿Hay o no ánimo de lucro en este tipo de actividades económicas? ¿Cuáles son los principales retos jurídicos que plantea este fenómeno? ¿Está justificado jurídicamente el uso del calificativo colaborativa para referenciar esta realidad? En caso negativo, ¿por qué seguir usándolo? ¿En qué beneficia?

En este contexto, creemos que es necesario reconfigurar y redefinir qué se entiende, exactamente, por economía colaborativa, con el fin de *<<tomar como punto de partida un concepto lo mas general posible, con los mínimos elementos de caracterización, con el fin de que tenga el mayor efecto posible, con los mínimos elementos de caracterización, con el fin de que tenga el mayor efecto incluyente posible, capaz de acoger el mayor número posible de supuestos de la realidad>>*¹⁴, pues, coincidiendo plenamente con MARTÍNEZ-NADAL y ROSSELLÓ RUBERT (2018, p. 11), *<<consideramos deseable evitar una utilización espúrea del concepto de economía colaborativa, a fin de*

cooperación, una mayor redistribución de la riqueza entre los participantes en ella, la búsqueda de justicia entre los intercambios realizados... que hace que muchas veces se la vincule con el término "social", incluyendo en el mismo paraguas a las experiencias de economía colaborativa y economía social>>.

⁹ Entre otros, ORTIZ VIDAL (2017, p. 82); COMISIÓN EUROPEA (2016a).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018).

¹¹ PACHECO JIMÉNEZ (2016, p. 77), *<<(…) es difícil diferenciar la economía colaborativa de aquel comercio tradicional al que se le ha unido la ventaja de la digitalización>>*.

¹² En este sentido, SORIA BARTOLOMÉ (2017, p. 84) apunta que *<<Cualquier debate sobre la regulación de la economía colaborativa debería de partir, para ello, del reconocimiento de sus características económicas, y de la disposición a adaptar la regulación a la nueva realidad>>*.

¹³ En este sentido, el COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN (2016, p. 15 y 16), cuestiona la posibilidad de que estemos ante un nuevo sistema económico, o de que únicamente se trate de unas herramientas alternativas al mismo sistema tradicional, instando a diferenciarlo de forma clara y precisa debido a la importancia y relevancia que dicha diferenciación puede adquirir, especialmente en el ámbito jurídico, ya que no sería lo mismo si se tratase de un nuevo orden socioeconómico que precisase de una re-elaboración del marco jurídico de las relaciones, o únicamente se tratase de unas nuevas herramientas alternativas cuya necesidad no fuese más allá de una adaptación de lo existente.

¹⁴ QUIJANO GARCÍA, J. (2018). "Economía colaborativa. Aspectos conceptuales", en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer, pp. 15.

*intentar parecer ser lo que realmente no se es; porque, en definitiva, como dice el aforismo jurídico, **las cosas son lo que son, y no lo que decimos que son**>>.*

2.1.2. UNA NUEVA DEFINICIÓN EN BASE A LA LITERALIDAD DE LOS TÉRMINOS

Este Para ofrecer una definición del término economía colaborativa, analizaremos tanto la noción de *Economía* (2.1.2.1) como la de colaboración (2.1.2.2), con el propósito de ofrecer una definición lo más fiel posible a las palabras que la conforman.

2.1.2.1. La Economía como una actividad económica

Según lo expuesto por TORRES LÓPEZ (2011, p. 15 y 16), podemos referirnos a la noción de *Economía* mediante dos vías. Primero, como una <<rama específica del conocimiento>>, es decir, como una ciencia económica, y segundo, entendiéndola como una *actividad económica*, que, en palabras del mismo autor, << (...) tiene que ver con (...) la satisfacción de nuestras necesidades>>, añadiendo que por necesidades -en sentido económico- se entiende la insatisfacción o carencia de todo aquello que deseamos y no tenemos -material o inmaterial-, y para cuya satisfacción se requiere un determinado esfuerzo, pues no se puede lograr gratuitamente (como por ej. el aire o la luz solar), sino únicamente mediando el empleo de bienes económicos¹⁵, es decir, <<todos aquellos medios, tanto materiales como inmateriales, que poseen la utilidad de satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad humana o social (...) sobre los que alguien es capaz de ejercer la titularidad de un derecho público o privado (...)>>¹⁶. Por ello, a efectos de este trabajo, partiremos de la base de que la *Economía* se compone de diferentes *actividades económicas* orientadas a la satisfacción de necesidades *que no se pueden satisfacer gratuitamente de la naturaleza*, ya que, para su satisfacción, *es necesario invertir un determinado esfuerzo cuantificable económicamente*.

En este contexto, entendemos que la satisfacción de las necesidades económicas de la personas se puede lograr, principalmente, de dos maneras; a) recurriendo al mercado a través de un intercambio económico¹⁷, o b) fuera

¹⁵ Los bienes económicos se contraponen a los bienes libres, de los cuales la economía no se ocupa puesto que se pueden obtener de cualquier sitio y sin ningún esfuerzo o coste alguno (el aire, por ej.). Representan aquellos bienes que, para obtenerlos, se requiere *realizar determinadas actividades o esfuerzos para satisfacer con ellos nuestras necesidades porque no se encuentran a nuestra libre disposición*.

¹⁶ ESCARTIN GONZALEZ (2003, p. 15).

¹⁷ TOFFLER (1980, p. 355), se refiere al mercado como << (...) el mercado no es más que otra palabra para designar una red de intercambio, y han existido –y siguen existiendo– muchas clases diferentes de redes de intercambio. En occidente, la que más familiar nos resulta es el mercado capitalista, basado en el beneficio. Pero también hay mercados socialistas, redes de intercambio a cuyo través los bienes o servicios producidos en Smolensko por Ivan Ivanovich son permutados por servicios realizados por Johann Schmidt en el Berlín Occidental. Hay mercados basados en el dinero, pero también mercados basados en el trueque. El mercado no es capitalista ni socialista. Es una consecuencia

del mercado, es decir, colaborando o compartiendo con otros individuos sin recurrir al intercambio económico. En el primer caso, estaríamos hablando del ámbito de la economía que se desarrolla en los mercados, a la que nos referiremos igualmente como economía del mercado (que no “de mercado”¹⁸, pues este modelo es independiente del tipo de política económica que se desarrolle en los mercados, como así veremos en el apartado de la economía circular 2.0), un ámbito que se caracteriza, por definición, por ser el lugar natural donde se producen los intercambios económicos destinados a satisfacer necesidades económicas. Y en el segundo caso, las actividades económicas pueden desarrollarse, además de en los mercados, fuera de estos, de forma que, en lugar de satisfacerse dos necesidades económicas diferenciadas (en una compraventa se entrega algo a cambio de un precio), se satisfaría una única necesidad humana, ya sea compartiendo los costes económicos que supone dicha actividad (una viaje por carretera), o colaborando y ayudando con un tercero (dar a alguien algo que necesita sin esperar obtener nada evaluable económicamente a cambio), dando lugar al ámbito de la economía que hemos calificado como la economía colaborativa.

Así las cosas, concebimos que la *Economía*, en su acepción de *actividad económica*, se divide o compone en dos sectores o ámbitos¹⁹: el del

directa e ineludible del divorcio operado entre productor y consumidor. Siempre que ese divorcio tiene lugar, surge el mercado. Y siempre que se reduce la distancia entre consumidor y productor, se ven puestos en cuestión el papel, la función y el poder del mercado (...) el mercado se fundamenta precisamente en la división entre productor y consumidor>>.

¹⁸ La RAE define la “economía de mercado” como un <<sistema económico en el que las decisiones tienden a obtener el mayor beneficio según los precios de la oferta y la demanda con un mínimo de regulación>>. <https://dle.rae.es/econom%C3%ADa?m=form#1Y1psRj>.

¹⁹ En la misma línea, entre otros, podemos situar lo expuesto por TOFFLER (1980, p. 344), quien también divide la economía en los dos mismos apartados, desde el punto de vista de la producción, los cuales denominará A y B: <<Por tanto, una forma más reveladora de entender la economía es estimarla compuesta de dos sectores. El sector A comprende todo el trabajo no pagado que realizan directamente por sí mismas las personas, sus familiares o sus comunidades. El sector B comprende toda la producción de bienes o servicios para su venta o permuta a través de la red de intercambio, o mercado>>.

Igualmente, el propio TORRES LÓPEZ (2011, p. 77 a 82), hace un leve guiño a esta misma diferenciación cuando escribe sobre <<el intercambio>> indicando que <<El proceso de intercambio es de naturaleza netamente económica (...), pero no quiere decir que no tenga que ver con procesos sociales de otra naturaleza o este influido por ellos. Para que los intercambios se puedan llevar a cabo, bien sea en el régimen más simple (cuando los niños (...) pequeños intercambian cromos, por ejemplo) o en el mercado más complejo, se necesitan siempre unas normas que establezcan que se puede hacer y que no, es decir, que derechos tienen los que participan en el intercambio>>.

En sentido análogo, VALDALISCO y LÓPEZ (2007, p. 100 y 109), hablan también sobre dos tipos de economía; una economía para el mercado (capitalismo) y otra economía para el autoconsumo (época feudal): << (...) un modo de “producción campesino”, una economía feudal, donde se produce para el consumo, no para el mercado (...) En el mundo feudal, la familia es la unidad productiva básica y su objetivo es el consumo (consumo propio, es decir, autoconsumo); los intereses individuales se subordinan a los intereses colectivos (puedase entender a la familia). El capitalismo, por el contrario, supone la aparición de una <<cultura del mercado>> donde el beneficio, el interés individual, se convierte en el objetivo más importante, y donde la empresa es la unidad de producción por excelencia (...)>>. Y, posteriormente, añaden que << (...) la agricultura pasó de ser entendida como una

mercado y el colaborativo, dos dimensiones delimitadas en función de si las *actividades económicas* que en ellas se desarrollan recurren o no al intercambio económico -al mercado- para satisfacer la necesidad humana. De esta forma, el modelo económico²⁰ que proponemos estaría en total sintonía con el propio significado de los adjetivos colaborar y compartir del ámbito económico de la economía colaborativa, caracterizados precisamente porque no se da ningún tipo de intercambio.

2.1.2.2. Colaborativo: benévolo, altruista, voluntario y compartido

Creemos que es básico que toda actividad económica propia del ámbito de la economía de “apellido” colaborativa tenga, efectivamente, la finalidad de colaborar o de compartir, puesto que, si no, ¿por qué calificarla de colaborativa o compartida?

Por esta razón, es necesario que las actividades económicas que se engloben dentro de la noción de la economía colaborativa reúnan, por extensión, las características propias de lo que implica colaborar y compartir, dos conceptos que, en nuestra opinión, se contraponen a la idea de intercambio económico.

Teniendo en cuenta la definición que la RAE hace sobre compartir²¹ como el hecho de <<repartir, dividir, distribuir **algo** en partes>>, <<participar en **algo**>>, y colaborar²² como <<trabajar con otra u otras personas en la realización de **una obra**>>, <<ayudar con otros al logro de **algún fin**>>, las actividades económicas propias de la economía colaborativa únicamente deben tratar de satisfacer una única necesidad económica. Al compartir o colaborar, las dos partes de la relación pretenden alcanzar o satisfacer el

explotación según el ciclo natural (agricultura tradicional, que producía para la subsistencia) a ser concebida como una empresa (agricultura capitalista) que producía para el mercado>>.

A mayor abundamiento, también se podría entender lo escrito por PANIAGUA ZURERA y MIRANDA SERRANO (2012, p. 50), cuando hablan de dos tipos de consumo; uno destinado al mercado y otro ajeno al mismo, enfocado a la familia o a fines privados: << (...) *el consumidor es el destinatario final en relación con el mercado, por lo que se puede entender que no pierde esta calificación por las transmisiones ajenas al mercado (p. ej., en el ámbito familiar o a terceros para fines privados).*

²⁰ Según lo expuesto por TORRES LÓPEZ (2011, p. 25 y 26), <<La realidad económica suele ser demasiado compleja, y cualquier problema económico depende de muchas circunstancias a la vez. Por eso, normalmente no se puede analizar teniendo en cuenta al mismo tiempo todos sus componentes. Cuando eso ocurre, los economistas tratamos de simplificar la realidad construyendo modelos económicos de donde obtienen sus hipótesis y teorías. **Un modelo económico** es una visión simplificada de la realidad, una representación reducida de toda ella o de una de sus partes. Al igual que un mapa permite conocer un espacio geográfico que nunca podríamos tener en nuestras manos en toda su dimensión, gracias a la simplificación que proporcionan los modelos económicos se pueden analizar fenómenos cuyos componentes nunca podría abarcar combinadamente nuestro conocimiento. (...) sin embargo, cuanto más simple sea un modelo, más alejado estará de la realidad y, por tanto, menos útil será a la hora de proporcionarnos una visión realista de ella. A menudo los economistas tienen que elegir entre modelos muy manejables, pero alejados de la realidad, u otros más realistas, pero difíciles de trabajar>>.

²¹ Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=9j7x3u4>

²² Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=9j7x3u4>

mismo objetivo o la misma necesidad humana de forma conjunta²³, al contrario de lo que sucede en las relaciones propias del mercado²⁴, donde, al caracterizarse por el intercambio económico, cada una de las partes busca satisfacer su propia y determinada necesidad económica, de forma que se satisfacen dos necesidades económicas diferenciadas mediante el intercambio.

Así pues, pensamos que una necesidad económica se puede satisfacer de dos formas diferentes: ya sea colaborando o compartiendo con los costes económicos que supone la satisfacción de esa necesidad humana, en cuyo caso situaríamos esa relación dentro del ámbito de la economía colaborativa; o, la forma mas común, a través del intercambio de un bien o servicio por otro, en cuyo caso se estaría en el ámbito de la economía del mercado²⁵.

2.1.3. LA RELEVANCIA DEL INTERCAMBIO ECONÓMICO (O ÁNIMO DE LUCRO) PARA DELIMITAR QUÉ ES LA ECONOMÍA COLABORATIVA

El intercambio económico es el único elemento que determina qué es economía colaborativa y qué no lo es (2.1.3.1), un elemento que, desde un punto de vista jurídico, equiparamos a la obtención de ánimo de lucro (2.1.3.2), concebido como una finalidad onerosa (2.1.3.3). Asimismo, expondremos por qué creemos que, por el contrario, el criterio de habitualidad no es válido para delimitarla (2.1.3.4).

2.1.3.1. La ausencia de intercambio económico en la economía colaborativa

Como acabamos de exponer, entendemos que la economía colaborativa se compone de aquellas actividades económicas protagonizadas por particulares que buscan satisfacer una necesidad económica común, de forma altruista, benévola, solidaria, o compartiendo los costes económicos, en definitiva,

²³ En los mismos términos, SELMA PENALVA (2017, p. 403), apunta que << poner en contacto a sujetos unidos por intereses comunes (como es el caso del archiconocido blablacar)>>.

²⁴El *mercado* representa el lugar -físico o abstracto- donde tienen lugar los intercambios económicos orientados a la satisfacción de necesidades humanas distintas; la del oferente y la del demandante. TORRES LÓPEZ (2011, p. 75 y 76), lo define como << (...) el ámbito al que acuden quienes desean adquirir algo y quienes lo poseen y quieren ponerse de acuerdo sobre la cantidad y el precio a los que estarían dispuestos a comprarlo o a venderlo, respectivamente>>.

²⁵ Así, mediante el intercambio, como anteriormente hemos indicado, se satisfacen dos necesidades económicas complementarias. Como indica ESCARTIN GONZALEZ (2003, p. 19), aunque sean abundantes, para poder acceder a los bienes -materiales e inmateriales- se requiere, por lo general, la realización de un esfuerzo económico que es, en definitiva, un recurso, un bien económico en su triple faceta de objeto, servicio o derecho, del cual no se suele disponer en cantidades ilimitadas, concluyendo que << (...) un bien económico normalmente se logra a costa de entregar otro, ya sea trabajo o cualquier tipo de recurso, servicio, o derecho (dinero por ejemplo), y que la disponibilidad de estos últimos es limitada (por regla general)>>.

colaborando, de modo que es la ausencia de ánimo de lucro lo que, entendemos, debe caracterizar la economía colaborativa y las relaciones que la componen.

En efecto, y como ya venimos defendiendo²⁶, entendemos que es la **finalidad** de llevar a cabo o no un intercambio económico por parte de los sujetos de una relación jurídico-privada -y no así la intermediación o no de una plataforma digital-, el elemento clave y fundamental que determina cuándo estamos en el ámbito de aplicación de la economía colaborativa y cuándo no, con los consiguientes efectos jurídicos que ello comporta. Por lo tanto, si partimos de la base de que una determina relación pertenece al ámbito económico colaborativo, inmediatamente sabremos que el criterio jurídico de la habitualidad²⁷ no le será de aplicación, con los diferentes efectos directos que ello implica (como el no sometimiento a la normativa de Consumo - apartado 2.1.3.2-). De esta forma, cualquier relación calificada de colaborativa, no será susceptible, bajo ningún concepto, de someterse a la normativa propia de los mercados, especialmente al Derecho de consumo y la normativa de competencia desleal²⁸, como veremos posteriormente con mayor detenimiento con los alojamientos colaborativos (III).

Siguiendo lo dispuesto por la Real Academia Española²⁹, se extrae que por intercambio podemos entender <<la acción de dejar, dar o tomar un bien o servicio a cambio de otro cuyo valor sea igual, proporcional o análogo>>, de modo que, en base esta concepción, consideramos que el intercambio económico, el elemento esencial del ámbito económico del mercado -en contraposición a la economía colaborativa-, que no se limita únicamente a la obtención de una cantidad dineraria, se identifica perfectamente con la noción de *ánimo de lucro*³⁰, un concepto que, igual que el intercambio, creemos que no debe

²⁶ EL AUTOR (2018b).

²⁷ La habitualidad, junto a la capacidad de obrar y al ejercicio del comercio en nombre propio, conforman los elementos que determinan la figura jurídica del comerciante, profesional o empresario.

²⁸ En este sentido, como establece el art. 1 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, la finalidad de la ley es, precisamente, << (...) la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado (...)>>.

²⁹ <https://dle.rae.es/?id=DgIqVCc>, en donde se define el termino intercambio como la <<Acción o efecto de intercambiar>>, e intercambiar como <<Hacer cambio recíproco de una cosa o persona por otra u otras>>. Así, se podría considerar el intercambio como el cambio recíproco de una cosa. En esta línea, *Cambio* se define como <<Dejar una cosa o situación para tomar otra>>, o también <<Dar o tomar algo por otra cosa que se considera del mismo valor o análogo>>; *Recíproco* se define como <<Igual en la correspondencia de uno a otro>>, definiendo la acción de *corresponder* en relación a las cosas como <<Dicho de una cosa: Tener proporción con otra>>; y, finalmente, *Cosa* se define como <<Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta, o virtual>> o también como un <<Asunto, tema o negocio>>, es decir, en relación con todo lo visto, un <<bien o servicio>>.

³⁰ Diccionario Trivium. Derecho y economía. (1998). Ed. Trivium, 1º ed. Madrid. *Ánimo de lucro: Obrar con el deseo de obtener un beneficio*. Por otro lado, dispone el diccionario jurídico ESPASA (Diccionario Espasa Jurídico (2001). Ed. Espasa, Madrid), que <<la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria lo entienden en sentido amplio, como animus lucri faciendi gratia es decir, considerándolo como “propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja”>>, en la misma línea que lo que se expone en WOLTERS KLUWER

(http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDUzNztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE), para quienes <<jurídicamente sería la

limitarse en exclusiva a las obligaciones de carácter pecuniario, como así viene entendiendo gran parte de la doctrina (ver apartado 2.1.3.2).

2.1.3.2. *El intercambio económico como sinónimo de ánimo de lucro*

Al igual que el intercambio económico, consideramos que el ánimo de lucro representa **la finalidad -el *animus*³¹ - de obtener un provecho, ganancia, utilidad, en definitiva, un *lucro*³² que, entendemos, se logra únicamente a través de la realización de un determinado intercambio económico.**

En efecto, la noción de ánimo de lucro guarda relación con **la finalidad o causa** que motiva el negocio jurídico, y no con la cantidad que se estime pueda obtenerse ni, en menor medida, con una cantidad monetaria directamente, en un sentido análogo a la interpretación que realiza nuestro Alto Tribunal³³ sobre el concepto de temporalidad en el caso de los arrendamientos por temporada, donde se estima que esta no guarda relación con el plazo de duración cronológico (cuantitativo) sino **<< *sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento* >>**. Así, según nuestro parecer, el ánimo de lucro debe valorarse desde una perspectiva finalista, teniendo en cuenta si la intención de quien la realiza es la de obtener un determinado beneficio económico con esa actividad o no, pero no desde el punto de vista cuantitativo, en base a la ganancia (lucro) que se espera obtener³⁴.

intención, voluntad interna, ánimo de un sujeto de derecho, considerado como requisito indispensable para la validez de ciertos actos o negocios jurídicos. (...) En sentido lato el ánimo de lucro sería la intención de una persona de incrementar su patrimonio u obtener cualquier otro provecho mediante un acto jurídico lícito o ilícito>>. Además, BAJO FERNÁNDEZ (1975, p. 369) añade que *<<en conclusión creemos que, en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como “la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”>>*. Por estas razones, consideramos que el intercambio económico -dinerario o no-, debe entenderse como sinónimo de la obtención de *ánimo de lucro*, que, igualmente, podrá ser de carácter pecuniario o no, representando ambas nociones la principal diferencia entre las dos dimensiones que componen el concepto de la *economía* en su acepción como *actividad económica*, es decir, entre el ámbito de la economía colaborativa y el ámbito propio de la economía que se desarrolla en los mercados.

³¹ Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Animus: intención, voluntad*; GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (2011). *Diccionario jurídico*. Ed. Dykinson, Madrid. *Ánimus: intención, voluntad o deseo de hacer algo*.

³² Diccionario jurídico empresarial (2005). Ed. Deusto jurídico. *Lucro: ganancia o provecho que se obtiene de algo. Lucrativo: que produce utilidad o ganancia*

³³ SSTs N° 1074/1999, sala 1ª de lo civil, 15 de diciembre de 1999 y SSTs N° 790/2011, sala 1ª de lo civil, 4 de abril de 2011, determinando que el requisito de la temporalidad de una ocupación guarda relación **<<no con el plazo de duración simplemente cronológico, *sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento* >>**. En este sentido, podríamos hacer un paralelismo entre la duración cronológica (arrendamientos) con la obtención de una cantidad pecuniaria (en el ánimo de lucro).

³⁴ La concepción del ánimo de lucro como una obligación pecuniaria elaborada desde una perspectiva cuantitativa, se refleja, a nuestro parecer, en el planteamiento de GONZÁLEZ CABRERA (2019, p. 41), quien, sobre la actividad económica de Couchsurfing, apunta que *<<a nuestro juicio, estos tipos de intercambio son modelos que incorporan una contraprestación en especie insignificante desde el punto de vista económico>>*. Igualmente, creemos observarla en JARNE MUÑOZ (2019, p. 30), quien estima que *<<el ánimo de lucro, a pesar de ser un concepto clave, no resulta en el caso concreto fácil de delimitar>>*,

Desde nuestro punto de vista, la existencia de un intercambio económico o de ánimo de lucro en una determinada relación jurídico-privada es el factor clave que determina cuándo una relación debe considerarse propia del ámbito de la *economía* que se desarrolla en el *mercado* y cuándo es propia del otro ámbito de la economía que, en contraposición al concepto de mercado, hemos calificado *colaborativa*, precisamente por ser el opuesto al intercambio económico. Siguiendo esta idea, consideramos que no son propias del ámbito económico de la economía colaborativa las compraventas, los arrendamientos, los préstamos con intereses, las permutas, en definitiva, todas aquellas actividades económicas de carácter oneroso en las que, en todo momento, se adquiere algo valorable económicamente a cambio de la entrega de otra cosa, por muy infrutilizado que se halle el bien y muy poco valor que se obtenga con él.

haciendo referencia a un supuesto de hecho en el que un particular que decide compartir su coche con el fin realizar un determinado trayecto por carretera con otros sujetos con la misma necesidad económica.

Desde nuestro punto de vista, no podemos estar de acuerdo con esta afirmación, esencialmente, por la propia concepción que ofrecen del concepto ánimo de lucro, pues, como acabamos de exponer, esta noción no debe plantearse desde una perspectiva cuantitativa ni, menos aún, pecuniaria (la obtención de un determinado precio como límite), sino que el ánimo de lucro debe concebirse desde una perspectiva finalista, es decir, en función de la motivación con la que se lleve a cabo la realización de una actividad económica (realizar un determinado intercambio económico). En este sentido, en el caso de la compartición de un trayecto en un vehículo (como sucede en Blablacar), consideramos que no existe ánimo de lucro no porque el precio de este sea bajo, irrisorio o insignificante, no, no habrá ánimo de lucro porque **la intención** de las partes, la finalidad o la causa del acuerdo que llevan a cabo es la de compartir o colaborar en los costes económicos que supone la realización de un trayecto común. De esta forma, a la hora de determinar cuándo existe verdaderamente la intención o finalidad de compartir los costes del trayecto, y no, por el contrario, la de realizar un servicio a cambio de un precio, **esa intencionalidad** podrá ser baremable por la plataforma en cuestión estableciendo una tabla de valores generales en función del coste de un determinado trayecto “tipo” en base a múltiples y diversos factores que influyen en el coste de la actividad económica (precio de la gasolina/km, existencia de peajes, una eventual depreciación del vehículo, cantidad de pasajeros, entre otros muchos), de modo que, en nuestra opinión, no creemos que, como entiende este autor, <<determinar la existencia de ánimo de lucro en un trayecto exigirá una aproximación caso por caso extraordinariamente compleja>>. De esta forma, y en base a los baremos que, insistimos, deben estar perfectamente actualizados y controlados por la plataforma, la cual debe velar por su correcto cumplimiento -sancionando y expulsando a quienes no lo respeten y traten de beneficiarse de posibles fallas del sistema-, los usuarios de la plataforma podrán incluso elegir realizar el trayecto con un mayor o menor confort en función de las prestaciones del vehículo, o las valoraciones del conductor, o la cantidad de pasajeros, entre otras singularidades, que podrá hacer que el coste del trayecto pueda variar, pero nunca sobrepasar el tope calculado por la plataforma para ese trayecto concreto en función de las circunstancias concretas. En este sentido, compartimos lo expuesto por GIL (2018, p. 125 y 126), quien comenta que <<toda regulación debe asegurar que sea la propia plataforma la que se encargue de que los usuarios cumplan la regulación>>, de forma que <<toda administración tiene el trabajo previo de Identificar los distintos perfiles de usuarios, actividades y procesos económicos que se articulan sobre estas plataformas, para determinar cuales permitirá, impulsará, restringirá o prohibirá, según los efectos que genera cada uno y el modelo de ciudad que se quiera impulsar. (...) la regulación no puede tratar a todos los casos y actividades por igual, y la regulación se basará en el principio de la diferencia: identificar las prácticas y actividades concretas, señalar sus efectos, y regular cada segmento de forma diferencial a través de umbrales>>.

Sin embargo, hemos de advertir al lector de que nuestra interpretación de lo que es la economía colaborativa se confronta a la práctica totalidad de la doctrina jurídica ³⁵, cuya concepción se resume en que *<<la economía colaborativa se configura como la realización de intercambios de bienes y/o servicios a través de plataformas digitales>>* ³⁶. En este sentido, y contrariamente a nuestro postulado, podemos resaltar lo expuesto por MONTERO PASCUAL (2017, p. 35), quien no se muestra conforme con *<<limitar la economía colaborativa a transacciones sin intercambio monetario>>*³⁷ [ya que] *reduce la economía colaborativa a un segmento minúsculo>>*, así como, de forma aun más contundente, el Dictamen del CESE ³⁸, que advierte que *<<no se considera que sean características distintivas o específicas [de la economía colaborativa]: a) el carácter gratuito u oneroso (Couchsurfing versus Airbnb)>>*. No obstante, en este artículo trataremos de defender nuestra postura.

Así, y pese a que sea una corriente minoritaria, nos reafirmamos en la opinión de que el término economía colaborativa representa únicamente el ámbito de la economía compuesto por aquellas actividades económicas celebradas, principalmente, entre particulares³⁹, caracterizadas satisfacer una

³⁵ En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ (2017, p. 412), habla de dos posturas o corrientes sobre la concepción del término economía colaborativa. La minoritaria, que aboga por *<< (...) un concepto restrictivo de economía colaborativa>>*, y por el otro se encontraría la corriente mayoritaria, compuesta de autores que han impuesto *<< (...) una noción amplia o extensa de economía colaborativa o participativa como sinónimo de nuevos modelos de negocio en los que las plataformas digitales permiten conectar a usuarios que buscan algo con usuarios que los ofrecen, sea ese algo un bien o un servicio>>*. En esta línea, GRAMUNT FOMBUENA (2019, p.159), sobre el concepto de economía colaborativa, viene a decir que *<<ha de quedar reservado, en principio, para quienes obtienen algún tipo de ganancia a través de la incorporación de sus bienes al mercado, pero sin que esa actividad pueda llegar a calificarse de profesional, empresarial o comercial. (...) [De este modo, concluye que] lo que tienen en común todos esos modelos de negocio (...) es que su soporte siempre es una plataforma digital>>*.

³⁶ GIRONA CASCALES y PEREZ RIQUELME (2017, p. 248).

³⁷ Según nuestra hipótesis, no sería únicamente sin intercambio monetario, sino a cualquier tipo de intercambio económico, monetario o no monetario.

³⁸ Comité Económico y Social Europeo (2016).

³⁹ Partiendo de la base de que consideramos que el ámbito de actuación de la economía colaborativa se desarrolla al margen del mercado, se excluye automáticamente la posibilidad de que intervengan en ella tanto consumidores y usuarios como empresarios o profesionales, pues son figuras jurídicas creadas para operar, precisamente, en los mercados. Por lo tanto, creemos que únicamente podemos hablar en la economía colaborativa de *particulares*, confrontados a los profesionales y a los consumidores y usuarios. Como desarrollaremos posteriormente, adelantamos que el hecho de que solo participen particulares no se debe a la ausencia del criterio de habitualidad (propio del mercado), pues directamente no es aplicable. La razón por la que consideramos que el estatus jurídico de los sujetos que conforman la economía es la de particulares se debe al hecho de que este ámbito económico se desarrolla paralelamente al del mercado, de modo que (insistimos) en que no existe ningún tipo de intercambio económico entre los sujetos que desarrollan la actividad económica principal. No hay lugar al binomio económico productor-consumidor, ni a su homólogo jurídico empresarios y consumidores. En esta línea, la CNMC en: *Documento 2: efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación, de la consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa.*, p. 2, apunta que la economía colaborativa *<< (...) se produce entre particulares, no profesionales (...)>>*.

única y determinada necesidad humana⁴⁰ común a las partes que participan, sin llevar a cabo ningún tipo de intercambio económico -dinerario o no dinerario-, en armonía con la noción de *economía invisible* ofrecida por TOFFLER (1980, p. 343), la cual << (...) *comprende todo el trabajo no pagado que realizan directamente por sí mismas las personas, sus familiares o sus comunidades (...) basado en la producción para el uso*>>.

2.1.3.3. *El ánimo de lucro como una finalidad onerosa*

Nuestra hipótesis sobre qué es la economía colaborativa (el ámbito de la economía que se opone al mercado), se basa en la inexistencia de intercambios económicos o de ánimo de lucro en las actividades económicas que las conforman. En este sentido, además de a la corriente doctrinal mayoritaria, nuestra posición se contrapone también a una nueva corriente minoritaria⁴¹ que, pese a que acertadamente circunscribe el concepto de lo que es economía colaborativa⁴² a la obtención de ánimo de lucro, sin embargo, restringe el ánimo de lucro a lo pecuniario, en lugar de extenderlo a cualquier tipo de intercambio económico -pecuniario o no, como el trueque-, de modo que, contrariamente a nuestro parecer, engloban dentro del ámbito de la economía colaborativa actividades intercambios económicos no dinerarios como trueques e intercambios de habilidades.

Desde nuestro punto de vista, no estamos de acuerdo con esta visión de la economía colaborativa que engloba como colaborativas aquellas actividades que tienen como finalidad el intercambio de casas, o el intercambio de habilidades, en las que ambos sujetos que intervienen se benefician económicamente del negocio celebrado. En efecto, relacionar el ánimo de lucro únicamente con una obtención dineraria, además de reducir a la mitad el alcance del concepto de ánimo de lucro, consideramos que no haría posible la confrontación anteriormente propuesta entre economía colaborativa y economía del mercado, dos nociones complementarias que conforman el concepto de *Economía* en su acepción de *actividad económica*. En este sentido, destacamos, entre otros⁴³, lo expuesto por DE LA ENCARNACION VARCÁRCEL (2016, p.

⁴⁰ En los mismos términos, SELMA PENALVA (2017, p. 403), apunta que << (...) *poner en contacto a sujetos unidos por intereses comunes (como es el caso del archiconocido blablacar) (...)*>>.

⁴¹ En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ (2017, p. 412), habla de dos posturas o corrientes sobre la concepción del término economía colaborativa, siendo la minoritaria aquella que aboga por << (...) *un concepto restrictivo de economía colaborativa*>>.

⁴² GONZÁLEZ CABRERA (2019, p. 24 y 25) señala que <<la doctrina discrepa respecto a qué ha de concebirse como economía colaborativa, pues si bien una buena parte ha venido defendiendo que comprende bajo su paraguas cualesquiera actividad económica realizada a través de plataformas digitales, con independencia de que exista o no ánimo de lucro, y con independencia de que sea entre pares o impares, otro sector doctrinal, en el que nos situamos, solo defendemos como economía colaborativa aquella que se realiza entre pares y sin ánimo de lucro, esto es, solo hablaríamos de economía colaborativa cuando concurren dos criterios: uno es la exigencia de una relación directa entre pares o iguales gracias a una intermediación ligera de la plataforma, compartiéndose así verdaderamente un recurso y escapando a la habitual relación entre proveedor y cliente; y dos, que el disfrute de este recurso se haga sin ánimo de lucro, de forma que no pudiera sustituir a una labor profesional o mercantil>>.

⁴³ OTERO COBOS (2019, p. 342), dispone, sobre los Alquileres turísticos, que <<junto al requisito de comercialización nos encontramos con el necesario carácter lucrativo de la actividad. La cesión de la vivienda debe realizarse a cambio de un precio, de forma que el

32), quien considera que <<el núcleo común [de la economía colaborativa] alberga un sentido de colaboración en cuanto al uso de capacidades sin utilizar y a un proceso de cambio de valores sociales y humanos (comunidad, confianza, compartir) en el que existe un intercambio recíproco entre dos partes, bien sin ninguna retribución a cambio, bien a través del intercambio de bienes y servicios por dinero, puntos o tiempo. (...) Se trata, en definitiva, de **formas de compartir que tienen en común la inexistencia de ánimo de lucro** (...)>>. Disentimos con esta noción de economía colaborativa, en primer lugar, porque entendemos que las acciones de colaborar y compartir se contraponen a la de intercambio. Así, todo intercambio económico (onerosa por definición), se contrapone a toda actividad económica gratuita caracterizadas por la satisfacción de la necesidad económica de un tercero por mera intención solidaria, altruista, voluntaria, liberatoria, en definitiva, realizada sin esperar nada (valorable económicamente) a cambio⁴⁴. Y, en segundo lugar, porque esta noción de ánimo de lucro la relaciona automáticamente con la obtención de una cantidad pecuniaria⁴⁵, de modo que, en esta hipótesis, tanto los trueques como

alquiler gratuito no formaría parte del ámbito de aplicación de la norma que estudiamos, ni, por supuesto, el intercambio o permuta de la vivienda>>. Igualmente, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2019, p. 170), en la nota a pie de página nº 13, estima que <<no todos los alojamientos que se ofertan en tales plataformas digitales como “turismo colaborativo” pueden incluirse, verdaderamente, bajo dicho paraguas. Así, consideramos que sí lo son aquellas actividades y servicios que se basan en el intercambio o la cooperación y que carecen de ánimo de lucro (tal es el caso, por ejemplo, de Blablacar o Couchsurfing o el HomeExchange); y, en el caso de las VFT, también lo es, a nuestro juicio, el alquiler de viviendas infrautilizadas (residencia habitual o segundas residencias) en las que el propietario -o, en su caso, el arrendatario- reside habitualmente en ellas, o por temporadas, y que únicamente se destinan al alojamiento de turistas ocasionalmente, en todo o en parte, y de forma no profesionalizada, aunque se reciba una remuneración por todo ello, siempre que solo se pretenda lograr un ingreso extra, como complemento del sueldo, y cumpliendo, en todo caso, sus obligaciones fiscales del IRPF>>.

⁴⁴ De esta forma, y pese a que, en un principio, pudiera pensarse que sigue nuestra línea de pensamiento, **no estamos de acuerdo con** la argumentación de GONZÁLEZ CABRERA (2019, p. 41), para afirmar que Couchsurfing es el reflejo de la economía colaborativa, pues para ello califica su actividad económica de intercambios gratuitos: <<se trata de intercambios en principio gratuitos, en la medida en que no se cobra a ninguna de las partes, ni al anfitrión ni al invitado por el alojamiento, si bien entendemos que hay cierta onerosidad pues el disfrute del alojamiento se hace a cambio de otros “servicios” o prestaciones difíciles de cuantificar, como la posibilidad de ser recibido en un futuro en casa el invitado (trueque), o de experimentar con el nuevas formas de vida, practicar un idioma en el tiempo que se aloja, etc. Esto es, a nuestro juicio, estos tipos de intercambio son modelos que incorporan una contraprestación en especie insignificante desde el punto de vista económico>>. No compartimos esta opinión porque, de entre diversas razones, consideramos que el concepto de intercambio económico debe concebirse en oposición a la noción de colaboración, representando ideas contradictorias los vocablos intercambio y gratuidad. Así, por un lado, todo intercambio económico excluye, por definición, toda acción colaborativa o compartida, y, a su vez, toda actividad económica colaborativa (de voluntariado, benévolas, compartidas) es contraria a cualquier tipo de intercambio económico. Por ello, creemos que sería una paradoja terminológica hacer referencia a *intercambios en principio gratuitos*.

⁴⁵ Como así puede extraerse de la afirmación que hace justo a continuación, cuando opina que <<la única diferencia existente entre la novedosa economía colaborativa y los trueques e intercambios que se han hecho toda la vida en nuestras sociedades es la forma de acceder a ellos, puesto que en la actualidad se hace a través de las nuevas tecnologías, lo que

las actividades económicas que se desarrollan en los Bancos de tiempo, entre otros, quedarían englobados bajo el paraguas de la economía colaborativa. Por estas razones, no compartimos esta concepción de economía colaborativa y de ánimo de lucro.

Como hemos comentado anteriormente, creemos que el intercambio económico es sinónimo de ánimo de lucro -pecuniario o no-, de forma que deberían entenderse con ánimo de lucro (es decir, como actividades no colaborativas) los trueques y las actividades propias de los Bancos de tiempo, ya que, pese a que puedan potenciar valores “sociales” y “humanos”, y beneficien de una forma incuestionable la realidad social de nuestro entorno, desde un punto de vista jurídico, los sujetos que las desarrollan obtienen siempre una ganancia, un provecho, una utilidad, un beneficio, un rendimiento económico, en definitiva, un lucro que se obtiene mediante la entrega y obtención de una cosa⁴⁶. Así, estimamos que todas las actividades donde se produzca un intercambio económico no pecuniario no deben ser consideradas *economía colaborativa*, sino actividades económicas propias del mercado (otra cuestión será el tipo de tratamiento jurídico que se le quiera imponer, un ámbito más de política económica que jurídico).

La relevancia jurídica práctica de este análisis se muestra en que, si entendemos que las relaciones privadas colaborativas no son susceptibles de ser restringidas por las reglas que regulan el mercado (Derecho de consumo o la competencia desleal, entre otras), tanto los trueques como el intercambio de habilidades no se verían, en principio, afectadas por el requisito de la habitualidad (un criterio aplicable tan solo a las actividades que se desarrollan en el ámbito del mercado), sin riesgo de cometer actos de competencia desleal o de ser contrarias a las normas que rigen los mercados⁴⁷.

Así las cosas, y en base a nuestra propuesta de concepto de economía colaborativa, lo que es y no es economía verdaderamente colaborativa se limitaría por la intención de las partes de obtener un determinado intercambio económico o no, es decir, de la intención de ambos de obtener un determinado lucro con la operación económica que vayan a realizar. De esta forma, en el supuesto de que tuvieran una intencionalidad de lucrarse con la actividad económica -dinerario o no-, entonces, en ese caso, quedaría automáticamente excluida del ámbito de aplicación de la economía colaborativa.

Superada esta primera etapa identificativa mediante el uso del intercambio económico o ánimo de lucro, creemos que es incorrecto considerar que, paralelamente, puede usarse también el criterio de habitualidad como otro elemento que, junto al ánimo de lucro, permite identificar qué es y qué no es la economía colaborativa.

2.1.3.4. *La ineficacia del criterio de habitualidad para delimitar el concepto de economía colaborativa*

permite un consumo mucho más eficiente y un mayor conocimiento de la oferta disponible>>>. DE LA ENCARNACION VARCÁRCEL (2016, p. 33).

⁴⁶ GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (2011). *Diccionario jurídico*. Ed. Dykinson, Madrid. *Lucro: Ganancia, provecho, utilidad, beneficio o rendimiento que se obtiene de una cosa.*

⁴⁷ Por ello, creemos que, entre otras, las actividades económicas que se llevan a cabo a través de Blablacar o Couchsurfing no deben ser limitadas por las normas propias del mercado.

La habitualidad es un criterio que no es aplicable en el ámbito económico de la economía colaborativa. En nuestra opinión, el criterio de habitualidad tiene validez exclusivamente en la economía que se desarrolla en los mercados.

Este criterio es aplicable en los supuestos de hecho en los que con una determinada actividad económica se pretenda llevar a cabo un intercambio económico, es decir, cuando las partes de una relación jurídica busquen la obtención de algún tipo de ánimo de lucro⁴⁸. Por ello, permítasenos insistir en el hecho de que, según nuestra concepción, para delimitar qué es y qué no es economía colaborativa, el único criterio válido es el intercambio económico, sinónimo de ánimo de lucro en su concepción amplia ‘pecuniario o no’, y no así el criterio de habitualidad⁴⁹.

De este modo, y como parte de la corriente doctrinal minoritaria, no compartimos la opinión de JARNE MUÑOZ⁵⁰ cuando concluye que <<los dos

⁴⁸ De esta forma, la finalidad del criterio de habitualidad es la de precisar el momento en el que un particular que participa en el mercado como oferente de bienes o servicios debe modificar su condición jurídica ‘de particular’ por la de profesional empresario, siéndole de aplicación, entre otras normas, el Derecho de consumo, unas normas específicas tributarias, así como a la normativa de competencia desleal.

⁴⁹ En este sentido, un escenario (hipotético) muy diferente sería aquel en el que, por razones de políticas económicas, efectivamente, el requisito de habitualidad y, por ende, la condición de profesional o de empresario, se adquiriese, exclusivamente, en los supuestos donde los intercambios económicos fuesen pecuniarios, y no así en los casos de trueque u otros intercambios no dinerarios, pues, en este escenario sí, el criterio de habitualidad sí que sería el único elemento relevante para determinar qué es la economía colaborativa, como así se desprende de lo expuesto por GRAMUNT FOMBUENA (2019, p.177) cuando señala que <<parece que el TS considera que la obtención de lucro unido a la habitualidad en la realización de actividades económicas podría conducirnos a la calificación del prestador como empresario>>. Sin embargo, pensamos que este escenario sería contraproducente y generaría inseguridad jurídica, ya que plantea diversas fallas que favorecerían la economía sumergida. En este sentido, se podría dar el caso de que los particulares prestadores de bienes o servicios, acreedores, una vez reconocido su derecho sobre un tercero (deudor), como por ejemplo el derecho a pasar una semana en una vivienda situada en Mallorca, decidiesen volver a intercambiarlo con otro particular ajeno a esta operación, pero, en esta segunda ocasión, por dinero. O también, puede darse el supuesto en el que las webs 2.0 sean las que determinen el valor económico de nuestras prestaciones, de forma totalmente aleatorias y discrecionales, sin ningún tipo de control externo, aquellos casos en los que, tras ceder una vivienda durante un período de tiempo a otro sujeto, en lugar de obtenerse un derecho de crédito directamente contra ese individuo, como sería el supuesto anterior (casa por casa), ese derecho de crédito se obtuviese contra la plataforma que facilita el intercambio, la cual, a cambio del servicio prestado por el acreedor, otorgase una determinada cantidad de ‘puntos’, con un valor determinado por la propia plataforma, y válidos únicamente frente al resto de miembros de esa comunidad. En este caso, y en el ámbito de esa comunidad, entendemos que esos puntos son un sustituto claro del dinero de curso legal, con la diferencia de que, en estos casos, es la plataforma la que determinará su valor, pues, es la misma plataforma la que controlará la cantidad de puntos existentes, y, de forma indirecta, el valor de los mismos.

Por estos motivos, entre otros, consideramos que la delimitación y concreción del criterio de habitualidad es el principal reto jurídico que debe afrontar el legislador en este nuevo paradigma de la economía circular 2.0.

⁵⁰ No estamos de acuerdo con el planteamiento de este autor porque, desde nuestro punto de vista, creemos que adolece de algunas contradicciones que lo hacen inviable desde una perspectiva jurídica. Así, JARNE MUÑOZ (2019, p. 29) expone que <<la existencia de ánimo de lucro en el operador prestador del servicio aleja su actividad de la esfera colaborativa o participativa y la aproxima [En este punto, creemos conveniente precisar lo siguiente: ¿Qué entiende el autor por alejarse y aproximarse? ¿Debe interpretarse que el

indicadores sin duda mas importantes [para saber cuándo estamos ante una actividad colaborativa] son el ánimo de lucro y la regularidad del servicio [la habitualidad]>>⁵¹. En primer lugar, disentimos con la concepción del ánimo de lucro que la relaciona únicamente con la obtención de dinero, y, en segundo lugar, porque, al igual que el resto de esta doctrina minoritaria, se afirma que la regularidad de la actividad que se desarrolla -el requisito de habitualidad- es otro criterio más que delimita el ámbito de la economía colaborativa, hasta el extremo de que se concibe que la economía colaborativa son las actividades

ánimo de lucro no excluye automáticamente una determinada actividad económica de la economía colaborativa? Es decir, ¿el ánimo de lucro debe ser complementado por otro requisito diferente para determinar qué es la economía colaborativa? En ese caso, ¿se complementa con el criterio de la habitualidad? *irremediabilmente al dominio de la prestación profesional de servicios>>*, a lo que añade posteriormente que *<<por definición, la economía colaborativa se concibe como una actividad ocasional* [Aquí, si aceptamos esta premisa, considerando que “por definición” la economía colaborativa se concibe como una actividad ocasional, entonces, por oposición lógica terminológica, siguiendo esa misma definición, ¿debe interpretarse que una actividad colaborativa no se puede realizar de forma permanente? ¿Una actividad colaborativa no puede tener por vocación, siguiendo la definición ofrecida, una duración reiterada en el tiempo?], *en la que se trata de evitar la infrautilización de determinados bienes, ofertando por ejemplo las plazas vacías al realizar un trayecto en coche o poniendo una habitación a disposición de la comunidad en aquellos días en los que el inquilino no la ocupe efectivamente* [Siguiendo con la lógica argumentativa, entonces, ¿un alquiler ocasional (el de una habitación los días en los que el inquilino no la ocupe efectivamente, como se ha expuesto), oneroso por definición, puede ser considerado economía colaborativa? En caso afirmativo, si aceptásemos la tesis de que es economía colaborativa el alquiler de una habitación a cambio de un precio, de forma ocasional, entonces, ¿no sería inútil el criterio del ánimo de lucro para delimitar qué es la economía colaborativa, al ser una parte intrínseca del criterio de habitualidad?]. *En este tipo de situaciones, la regularidad en el servicio resultará apta para confirmar una actividad profesional, en aquellos casos en los que este servicio proporcione un beneficio económico (sería absurdo considerar que una actividad de hospedaje se realiza de modo profesional en aquellos casos en los que esta se lleve a cabo sin ánimo de lucro, como en el caso de couchsurfing, por el simple hecho de que se lleve a cabo de manera regular [¿Cómo es posible afirmar que la actividad de Couchsurfing puede realizarse de manera regular si, como hemos observado con anterioridad en este argumentario, el mismo autor afirmaba que la economía colaborativa se concibe como una actividad ocasional? ¿No adolece de contradicción esta argumentación sobre qué es la economía colaborativa?]>>* (p. 31), precisando que *<<resulta necesario en primer lugar que (...) las autoridades ofrezcan criterios para poder determinar cuándo nos encontramos ante una modalidad de consumo colaborativo [¿Es lo mismo economía colaborativa que consumo colaborativo? ¿Por qué usarlos como sinónimos cuando la economía y el consumo son dos nociones perfectamente diferenciadas?] puro o propio y cuándo, a pesar de concurrir elementos de colaboración o participación, existe un ánimo de lucro u orientación profesional>>* (p. 52), y que *<<desde un punto de vista estricto únicamente es economía colaborativa aquella que se desarrolla entre pares o particulares* [Por lo tanto, en puridad, ¿es economía colaborativa la actividad económica que llevan a cabo, ocasionalmente, los particulares a través de Airbnb? En caso afirmativo, ¿es Airbnb, entonces, una plataforma que, dependiendo del criterio de habitualidad, forma parte del concepto de economía colaborativa? Entonces, ¿debe entenderse que la economía colaborativa se confronta a todo lo que sea profesional? En caso afirmativo, ¿por qué calificarla como colaborativa? ¿En qué se fundamenta el uso de ese calificativo?]>> (p. 95), ya que, para él, en los parámetros colaborativos *<<no [se] desarrolla una actividad profesional encubierta* [Es decir, ¿La economía colaborativa se compone de todas aquellas actividades que no se realizan por profesionales?]>> (p. 96).

⁵¹ JARNE MUÑOZ (2019, p. 29).

realizadas por no profesionales⁵². De este modo, en la hipótesis de que aceptásemos que el criterio de habitualidad es un requisito más para delimitar el ámbito de lo que es la economía colaborativa, en ese caso, entonces, pensamos que dejaría de tener validez o sentido considerar el ánimo de lucro como otro elemento delimitador de la economía colaborativa, ya que quedaría anulado por el primero. En efecto, si el estatus de profesional de quien desarrolla una actividad económica delimita lo que es economía colaborativa⁵³, y este estatus de profesional viene establecido en función de la habitualidad (junto al desempeño de la actividad en nombre propio y la capacidad legal), la consecuencia es que para determinar qué es economía colaborativa bastaría con el uso del criterio de habitualidad, ya que, como parte de su propia esencia, comporta la existencia del ánimo de lucro. A mayor abundamiento, creemos que esta postura, además, deja algunos interrogantes sin respuesta⁵⁴.

Por estos motivos, nos mostramos contrarios a la corriente minoritaria que acabamos de analizar, caracterizada por considerar que el criterio de habitualidad es un elemento que delimita el ámbito de aplicación de la economía colaborativa. Desde nuestro punto de vista, creemos que el único elemento que caracteriza qué es y qué no es la economía colaborativa es la intencionalidad de las partes de celebrar un intercambio económico, es decir, que la finalidad (o el ánimo) de los sujetos que llevan a cabo una determinada relación sea la obtención de un determinado beneficio valorable económicamente (o lucro).

2.1.4. ENTONCES ... ¿QUÉ ENTEDEMOS POR ECONOMÍA COLABORATIVA?

Según lo expuesto anteriormente, la economía colaborativa en su sentido literal, es aquella que no admite ningún tipo de intercambio económico (o de

⁵² Esta interpretación se extrae, entre otros, de lo escrito por JARNE MUÑOZ (2019, p. 95), <<desde un punto de vista estricto únicamente es economía colaborativa aquella que se desarrolla entre pares o particulares>>, puesto que, para él, en los parámetros colaborativos <<no [se] desarrolla una actividad profesional encubierta>> (p. 96).

⁵³ Como así se pronuncia MIRANDA SERRANO, L. M^a. (2018). “La economía colaborativa desde la competencia desleal”, en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer, pp. 117, cuando indica que, entre otros, <<son modelos de negocio de economía colaborativa en sentido estricto o puro (...) las operaciones (...) celebradas entre particulares y con la finalidad última de compartir gastos, esto es, sin que ninguno de los que en ellas interviene actúe empresarial o profesionalmente (operaciones C2C). Un claro ejemplo de estos modelos en el ámbito del transporte terrestre de personas sería la plataforma Blablacar>>.

⁵⁴ Entre otros, siguiendo esta concepción de economía colaborativa, confrontada a lo profesional, es decir, compuesta por las actividades económicas protagonizadas por particulares, entonces, creemos conveniente plantear los siguientes interrogantes: ¿Qué novedad aporta esta economía colaborativa respecto a la tradicional? ¿Por qué llamarla *economía colaborativa* si, en teoría, ha existido siempre? Si no se ha destacado el uso de plataformas digitales como un elemento para identificar qué es y qué no es la economía colaborativa (solo se menciona el ánimo de lucro y la habitualidad), entonces, ¿Cómo se justificaría que, como añade JARNE MUÑOZ (2019, p. 61), <<el **surgimiento del movimiento colaborativo** (...) no puede explicarse sin tener presente la influencia que el desarrollo de las nuevas tecnologías ha desplegado en la configuración de este nuevo modelo de consumo>>?

ánimo de lucro), es el ámbito de la economía que se opone al mercado (2.1.4.1). Por ello, consideramos que el uso del término colaborativa no es el adecuado para conceptualizar una realidad socioeconómica compleja que sobrepasa la colaboración, pues genera mas incertidumbres que certezas en un eventual análisis jurídico del mismo con pretensiones regulatorias. En este sentido, propondremos el un término sustitutivo: economía circular 2.0 (2.1.4.2).

*2.1.4.1. La economía verdadera y necesariamente colaborativa.
Un ámbito de la Economía que excluye el ánimo de lucro y se concibe en contraposición al mercado*

La economía verdaderamente colaborativa se compone de las actividades económicas en las que las partes que intervienen buscan satisfacer una única y determinada necesidad económica, unas actividades económicas motivadas por la solidaridad, el altruismo, o simplemente por la necesidad de reducir los costes de una determinada necesidad económica, si por ello obtener nada a cambio valorable económicamente. La economía colaborativa representa la forma más primitiva de relacionarnos los seres humanos en nuestros entornos de confianza más próximos, sin otro interés que el de colaborar los unos a los otros, usando los recursos económicos de los que disponemos para alcanzar una misma finalidad, o, lo que es lo mismo, satisfacer una necesidad económica común: la supervivencia del grupo⁵⁵. Es el modo más eficiente de emplear los recursos económicos de los que disponemos, satisfaciendo con ellos las distintas necesidades humanas sin acudir a los mercados, en total armonía con la definición que la Rae ofrece, precisamente, de economía: <<administración eficaz y razonable de los bienes>>⁵⁶.

Entendemos que, contrariamente a la opinión de algún autor⁵⁷, la economía colaborativa se compone de todas aquellas actividades económicas que, desde siempre, se han desarrollado con normalidad en los núcleos

⁵⁵ En este sentido, ESCARTIN GONZALEZ (2003, p. 67 y 68), indica que <<Cazadores y recolectores almacenaban ciertos productos de consumo básico, lo que les permitía garantizar su subsistencia en periodos difíciles, y desarrollaron, en estructuras sociales igualitarias, formas de cooperación y reciprocidad que les permitían afrontar periodos malos. (...) El hecho de que en esta época de la humanidad conociéramos actividades económicas en la vida de los grupos humanos no implica, en absoluto, que pueda hablarse de economía de mercado (...)>>.

⁵⁶ Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=ELVW605>

⁵⁷ Entre otros, JARNE MUÑOZ (2019, p. 97 y 98), quien dispone que <<considero rechazable, por simplista, el argumento de aquellos que defienden que el consumo colaborativo ha existido siempre, poniendo ejemplos tales como la compartición de coche con familiares o con compañeros de trabajo en los trayectos de común interés. Esta posición no solo supone desconocer la importancia que la esfera cuantitativa despliega en este ámbito, no pudiendo comparar actividades con un impacto marginal con actividades que ponen en riesgo sectores estratégicos de nuestra economía>>. No compartimos la visión de esta interpretación porque, desde nuestro punto de vista, el autor parte de la base de que la economía colaborativa la conforma el conjunto de relaciones jurídicas realizadas exclusivamente entre particulares, delimitándola en oposición a toda actividad realizada por profesionales. En este sentido, contrariamente a nuestro parecer, considera que el criterio de habitualidad, junto al ánimo de lucro -concebido como una obligación exclusivamente pecuniaria, elaborada, precisamente, desde una perspectiva cuantitativa-, son los elementos que identifican el ámbito de aplicación de la economía colaborativa. Esta visión la rebatimos con mayor profundidad en las notas 35, 51 y 55.

familiares y de amigos y conocidos⁵⁸, ámbitos de aplicación cuya extensión estaba limitada por la natural barrera de la confianza, motivo por el cual no han suscitado mayor interés para legisladores y economistas⁵⁹. No obstante, con el paso del tiempo, hemos logrado crear, gracias a diversos factores (auge de las plataformas digitales y el desarrollo de la tecnología y de otros factores clave⁶⁰ - sistemas de reputación y valoración de usuarios y la reducción de la asimetría de la información⁶¹-), nuevos núcleos y círculos de confianza que sobrepasan esa limitada y estrecha barrera física impuesta por la confianza, dando lugar a la creación de nuevos grupos y comunidades de confianza digitales que favorecen el aumento exponencial de este tipo de relaciones jurídico-privadas⁶² sin ánimo de lucro, que, y he aquí el origen de, bajo nuestro punto de vista, la confusión sobre el concepto economía colaborativa, al darse paralelamente junto a las actividades con ánimo de lucro, se perciben, paradójicamente, como una amenaza para el mercado.

De esta forma, de los círculos analógicos de confianza se ha evolucionado a los nuevos círculos digitales. Las actividades colaborativas que tradicionalmente tenían lugar entre familiares y conocidos, actualmente se extienden a personas que, aunque analógicamente se encuentran a kilómetros

⁵⁸ A título de ejemplo, podemos citar los trabajos domésticos realizados gratuitamente en los núcleos familiares por un miembro de la familia (hacer la comida, limpiar la casa, llevar a los niños al colegio, entre muchas otras), el traspaso de ropa entre los miembros de la familia, la ayuda que familiares y amigos se ofrecen para realizar tareas de muy distinta índole (desde ayudar con las clases de inglés, a hacer una mudanza o arreglar un coche, o ayudar a un vecino a sacar la basura), la acogida que ofrecemos a amigos y familiares en nuestras viviendas para pasar períodos vacacionales, los préstamos económicos (sin intereses, obviamente) entre familiares y amigos, los viajes a gastos compartidos que se realizan entre familiares y amigos, así como también las diferentes acciones o actividades de voluntariado, entre muchos otros. En este mismo sentido, entre otros, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2019). "El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases", en *Régimen jurídico del Consumo Colaborativo*. Gonsálbez Pequeño, H. (dir.), ed. Aranzadi, pp. 66, apunta que <<realmente las manifestaciones del "consumo colaborativo", entendido como prestación de bienes o servicios entre pares, son muy antiguas. Siempre ha existido un consumo colaborativo en el seno de las familias, los amigos, las pequeñas comunidades - parroquias, gremios...-.>>.

⁵⁹ En esta línea, TOFFLER (1980, p. 343), hizo referencia también a esta dimensión de la economía, calificándola como *economía invisible*, indicando que << (...) comprende todo el trabajo no pagado que realizan directamente por sí mismas las personas, sus familiares o sus comunidades (...) basado en la producción para el uso>>.

⁶⁰ Los factores que han potenciado el fenómeno socioeconómico son el avance tecnológico y la crisis económica, además de dos derivados de los primeros, como son el deterioro del medio ambiente y un cambio sociocultural. En los mismos términos DOMENECH PASCUAL (2015, p. 66-67); CAVAS MARTÍNEZ (2017, p. 414).

⁶¹ CNMC (Marzo de 2016) Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa antes de su aprobación por el Consejo. p. 6. Recuperado de:

http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf

⁶² Gracias a los sistemas de reputación y valoración online, integrados por lo general en la propia plataforma, que facilita el acceso a información actualizada y, en principio, creíble por parte de los usuarios. Esta disponibilidad informativa reduce o, incluso, elimina los problemas de información asimétrica existentes entre las partes en muchas transacciones similares que tradicionalmente se daban en el mundo analógico. CNMC (marzo de 2016) Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa antes de su aprobación por el Consejo, p. 6. http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf

de distancia y son completos desconocidos, pertenecen a una nueva comunidad 2.0 en la que la confianza tradicional queda sustituida por la reputación digital. Esto es lo que sucede con la webs 2.0 de Couchsurfing (como veremos en el ámbito del alojamiento del apartado III), y con la de Blablacar en el ámbito del transporte por carretera⁶³ que promueve los viajes privados entre particulares que desean desplazarse hacia un mismo lugar, posibilitándoles compartir los costes del transporte⁶⁴. Con ella se pone en contacto a dos o mas personas para

⁶³ A título de ejemplo, en el caso de que A y B compartiesen los costes económicos que supone la satisfacción de una misma necesidad humana, por ejemplo, desplazarse desde Sevilla a Madrid por carretera, al colaborar ambos sujetos (ya sea ofreciendo el vehículo, conduciendo, pagando los peajes, parte de la gasolina, o cualquier otra aportación valorable económicamente para satisfacer esa necesidad), entendemos que no se estaría produciendo ningún tipo de intercambio económico entre estos sujetos, ya que la finalidad última que espera conseguir cada sujeto con la realización de esa actividad económica (el desplazamiento desde Sevilla hasta Madrid), y no la contraprestación económica de la otra parte (una determinada suma de dinero a cambio de un servicio de transporte), sino que la finalidad última que motiva a las dos partes a llevar a cabo esta actividad económica, tanto la del conductor como la del pasajero, es la de desplazarse desde Sevilla a Madrid, de modo que colaboran con la finalidad de satisfacer la misma necesidad humana, que es común a ambas partes. En este sentido, en ningún caso puede entenderse que, en una relación propia del ámbito de la economía colaborativa, la finalidad de cada parte sea la obtención de una determinada prestación a cambio de otra, ya que, en el ejemplo que estamos tratando, el conductor del vehículo no realiza el desplazamiento de Sevilla hasta Madrid con la finalidad de obtener una determinada cantidad de dinero (que, además, está limitada a cubrir simplemente los costes del trayecto), pues, en ese caso, sí que estaríamos ante un verdadero intercambio económico y, por lo tanto, ante una relación jurídico-privada propia de los mercados, al tratarse, entonces, de un servicio de transporte por carretera a cambio de un precio, en este caso, tanto el pasajero como el conductor tratan de satisfacer, con ese trayecto, la misma necesidad económica mediante esa actividad económica, de modo que este tipo de actividades no producen ningún tipo de enriquecimiento para los particulares que las protagonizan. No obstante, en el supuesto de que algún usuario se lucrara con dichas prácticas, obviamente, en ese concreto, no se estaría respetando la finalidad de la actividad económica y, por ende, no debería ser considerado como colaborativo, sino como una actividad propia del mercado sometida a las normas pertinentes para estos servicios. En este sentido, y este hecho es muy interesante, la comunidad de Madrid ha sancionado a blablacar y a dos de sus usuarios con 4000€ cada uno por ofrecer servicio de transporte profesional sin estar en posesión del permiso correspondiente, y este es el dato fundamental, al considerar la comunidad que se ha sobrepasado la barrera económica (0.19€/km) que la dirección general de transportes utiliza para considerar que la actividad es profesional. REYERO (2016).

⁶⁴ En el mismo sentido que todo lo apuntado, ARMENGOL I GASULL y OLMOS CASTRO (2017, p. 328), señalan que este tipo de actividades se caracterizan por la presencia de los siguientes elementos: <<(i) el oferente y el demandante o demandantes de transporte **son particulares**; (ii) el transporte se realiza en un **vehículo particular**, generalmente propiedad de, o aportado por, el oferente; (iii) el oferente realiza el transporte **sin ánimo de lucro**. La falta de carácter mercantil de la actividad constituye una característica esencial del ride sharing, en el que el oferente (el transportista o conductor) realiza el desplazamiento para satisfacer sus propias necesidades y, por tanto, con independencia de que la capacidad sobrante del vehículo resulte o no ocupada, siendo así que la compensación económica que recibe del demandante o demandantes (los pasajeros transportados) se ajusta a los costes asociados al transporte; (iv) el oferente y el demandante o demandantes de transporte se encuentran y contactan a través de una **plataforma de internet** operada por una empresa ajena a ellos; y (v) la empresa que opera la plataforma de internet recibe **una comisión**, que habitualmente satisface el demandante del transporte o pasajero>>.

compartir los costes económicos de un determinado trayecto - necesidad económica común- que ambas partes comparten y que desean satisfacer: el desplazamiento hacia un mismo destino minimizando los costes de este⁶⁵.

En definitiva, consideramos que la economía colaborativa se compone de aquellas actividades económicas (*Economía*), celebradas principalmente por particulares (en oposición a los profesionales), cuya finalidad es la satisfacción de una única y común necesidad económica, de forma altruista, benévola, o con la simple intención de compartir los costes de esta (*colaborativa*). Es un concepto que rechaza el ánimo de lucro. Las actividades colaborativas se celebran principalmente entre particulares, ya que, al desarrollarse al margen de los mercados, la figura del profesional y de los consumidores y usuarios no tienen cabida como tales. Por ello, a pesar de que el auge de las plataformas digitales haya aumentado exponencialmente el número de estas actividades económicas, entendemos que no tiene ninguna influencia jurídica en la calificación de colaborativa de las mismas, puesto que, precisamente, lo que las califica como colaborativas no es el hecho de que se celebren a través de una plataforma digital o no, ni tampoco que reúnan o no las condiciones propias del requisito de habitualidad (que solo tiene sentido en el ámbito del mercado), sino únicamente que no tengan la finalidad del ánimo de lucro, sea esta pecuniaria o no. Son aquellas actividades económicas que se celebran fuera del ámbito de los mercados.

De igual forma, consideramos que, a nivel jurídico, no tienen ninguna repercusión sobre este tipo de prácticas ni el criterio de habitualidad ni la normativa orientada a regular los intercambios económicos, como por ejemplo sobre competencia desleal, el Derecho de consumo o las barreras de acceso a los mercados, entre otras. Una cuestión muy diferente es, y como así trataremos de esbozar en lo relativo a la economía circular 2.0, la influencia que el auge de las plataformas digitales o webs 2.0 y el resto de factores tienen, en este caso sí, sobre aquellas actividades económicas celebradas, igualmente, entre particulares, pero que, a diferencia de las colaborativas, persiguen realizar un intercambio económico u obtener un lucro, ya que, en este caso, sí que será fundamental el uso de las plataformas digitales o webs 2.0 con respecto a la actividad económica subyacente y, esencialmente, el criterio de habitualidad.

2.1.4.2. La mal llamada economía colaborativa y la necesidad de un término sustitutivo

Sobre la mal llamada economía colaborativa, nos resulta significativo que se afirme que uno de los mayores problemas que presenta este fenómeno es <<la ausencia de normativa propia aplicable a este movimiento>>⁶⁶, y, paralelamente, se alegue que *no se le pueden poner puertas al campo*⁶⁷ por ser

⁶⁵ Sobre este asunto, el Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid, en la Sentencia del caso BLABLACAR 30/2017, ha determinado recientemente que, efectivamente, la actividad que desarrolla esta plataforma está protagonizada por << (...) particulares que a su cuenta y riesgo se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar, -en el fondo es el concepto del pago el que define la cuestión-, el coste de un viaje>>.

⁶⁶ JARNE MUÑOZ (2019, p. 48 y 49).

⁶⁷ Entre otros: ADICAE (2014). "Realidad y posibilidades del consumo colaborativo". *Informe sobre la realidad y perspectivas en Andalucía*, p. 63.

<<*materialmente imposible conseguir una [la] regulación única*>>⁶⁸ de un fenómeno tan amplio al que <<*las estructuras institucionales y legislativas actuales no pueden dar una respuesta completa*>>⁶⁹. Nos parece interesante lo anterior porque es sintomático de lo que sucede actualmente con la mal llamada economía colaborativa.

En efecto, se está tratando de analizar jurídicamente un fenómeno sobre el que no se han identificado los elementos que la caracterizan ni los límites con respecto a instituciones (económicas o jurídicas) similares, tratándose simplemente de regular jurídicamente un fenómeno socioeconómico configurado bajo un término paraguas, que, para mayor dificultad, en teoría, debiera limitarse a la mera acción de colaborar. En este sentido, parece que no se han valorado, con carácter previo a una eventual regulación, las siguientes cuestiones elementales: ¿Qué compone *este movimiento*, que, además de presentar una eventual falta de regulación, justificaría el uso del calificativo “colaborativa” de las actividades económicas que en ella se desarrollan? ¿Cuáles son las características principales que diferencian *este movimiento* de la economía tradicional y que carecen de una normativa propia aplicable? ¿Es necesario realmente regular *este movimiento*? ¿Cómo se puede regular, entonces, *este movimiento* que parece inabarcable? Una respuesta coherente y argumentada a estos interrogantes no es posible desde la perspectiva actual de la economía colaborativa, y esto por el simple hecho de utilizar el término economía colaborativa para referirse a un fenómeno que, principalmente, se basa en el ánimo de lucro de quienes la llevan a cabo. En efecto, el avance tecnológico y el uso exponencial de las plataformas digitales que estamos experimentando en este tiempo no justifican, desde un punto de vista jurídico, el empleo del concepto economía colaborativa, ni mucho menos que se califiquen a estas como plataformas colaborativas. Tampoco lo hace el aumento de la participación en el mercado como oferentes de bienes y servicios de los particulares no profesionales (sorprendentemente llamados *prosumidores*⁷⁰). Otra cuestión muy distinta a lo anterior es la necesidad de adaptar y mejorar ciertos aspectos normativos, especialmente en temas de seguridad, responsabilidad, fiscalidad, entre otros, que sí que precisan de una adaptación,

⁶⁸ PACHECO JIMENEZ (2016). “La web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa”. Cit. Pág. 84.

⁶⁹ EL COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN (2016). *Informe sobre economía colaborativa*. Pág. 16, en su informe expone que << (...) Parece evidente que las estructuras institucionales y legislativas actuales no pueden dar una respuesta completa a este fenómeno, sino que requieren de adaptaciones que habiliten mecanismos para sacar de la zona gris, casi negra, muchas de estas relaciones de intercambio>>.

⁷⁰ En EL AUTOR (2019a), nos posicionamos totalmente en contra de la configuración jurídica de esta figura, cuyo origen es la ciencia económica. Se trata de un término que aúna los conceptos de **productor** y de **consumidor**, dando como resultado el prosumidor. Entre otros argumentos, destacamos los siguientes: <<en primer lugar, porque el concepto de particular es el idóneo para representar esa supuesta situación “especial” que se vive en la era circular 2.0, concretizada en el concepto jurídico indeterminado de la habitualidad. Y en segundo lugar, porque el hecho de aunar bajo un mismo concepto dos figuras antagónicas y necesariamente complementarias, proveedor y consumidor, rompe con el principio básico del mercado, el intercambio económico, y con el ordenamiento que lo regula, es decir, la especial protección de la parte débil, del consumidor, frente a la parte poderosa fuerte, el proveedor o empresario>>.

pero no evocar una supuesta falta de regulación de un nuevo fenómeno económico llamado economía colaborativa cuyos límites ni establecen⁷¹.

Así las cosas, creemos que la verdadera dificultad que presenta este fenómeno socioeconómico mal llamado economía colaborativa, y que no ha sido tenida suficientemente en cuenta por la doctrina, es, en efecto, su correcta delimitación conceptual desde dos perspectivas interrelacionadas: primero, en referencia a la definición literal del término economía colaborativa (que hemos tratado en este apartado); y, posteriormente, en la necesidad de sustituir el anterior término por uno nuevo que englobe la realidad que se trata de reflejar, así como los retos jurídicos que este plantea⁷².

En definitiva, es fundamental que toda actividad económica de “apellido” *colaborativa* tenga como finalidad la acción de colaborar en su sentido literal, pues, si no, ¿por qué llamarla economía colaborativa? ¿Qué fundamento jurídico lo justifica? ¿Habría que continuar usando erróneamente el concepto porque así se viene haciendo por parte de la doctrina mayoritaria? Nosotros creemos que no, y por ello proponemos el uso sustitutivo del término economía circular 2.0.

2.2. UN NUEVO TÉRMINO PARA CONCEPTUALIZAR EL FENÓMENO SOCIECONÓMICO MAL LLAMADO ECONOMÍA COLABORATIVA: LA ECONOMÍA CIRCULAR 2.0.

Con el término economía circular 2.0⁷³ hacemos referencia al fenómeno socioeconómico que actualmente se conceptualiza -erróneamente⁷⁴ - como

⁷¹ En este sentido, es pertinente traer a colación el comentario de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M^a. B. (2018). “Alojamiento y Viviendas de uso turístico”, en *Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa*. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer, pp. 163, en el que señala que <<cuando los cambios son resultado de los avances tecnológicos, entendemos que la intervención del legislador en principio debe ser mínima, (...) por el hecho de que, previamente a regular, deberá realizar una delicada operación de deslinde entre lo que es el producto novedoso en sí (al que quizás no se adapte la hiperregulación de un producto distinto o necesite de una regulación diferenciada) y lo que representa, simplemente, un cambio en la forma de una realidad ya existente>>.

⁷² En este sentido, coincidimos con RODRÍGUEZ FONT (2018, p. 315 y 316) en el hecho de que <<es muy dudoso alcanzar el objetivo de conformar una buena y eficaz regulación normativa si no se identifica y acota el fenómeno sobre el que se plantea, y esto es, en realidad, lo que creo que sucede, no ya en Cataluña, sino también en el resto del estado (...) El problema radica en un insuficiente estudio de los contornos, las implicaciones, los nuevos conceptos y categorías que emergen del fenómeno colaborativo y que constituyen, en definitiva, sus elementos diferenciales. Y en la base de sus singularidades está el elemento subjetivo del nuevo modelo de mercado>>.

⁷³ Economía circular 2.0 es un concepto propio y original que propusimos por primera vez en la «Jornada internacional del consumo colaborativo: el nuevo desafío del mercado de la economía digital», en la Universidad de Barcelona el 20 de octubre de 2017, con la comunicación «¿Consumo colaborativo, economía colaborativa, o economía circular 2.0?», recogida en la Crónica sobre la jornada internacional publicada en la *Revista Catalana de Dret Privat* [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 18 (2018), p. 214, una propuesta que ampliamos posteriormente en EL AUTOR (2018b).

⁷⁴ Sobre el cambio de nomenclatura, comenta SLEE (2016, p.16), advierte que <<seguimos necesitando un nombre cuando hablamos de este fenómeno. Aunque quizá no dure más de otro año o así, “economía colaborativa” es el término usado ahora mismo, en 2015>>. Por

economía colaborativa. Mediante una aproximación al origen del concepto (2.2.1), trataremos de exponer por qué creemos adecuado su uso (en lugar de economía colaborativa) para hacer referencia a un nuevo paradigma económico que nada tiene que ver con la colaboración (2.2.2). De esta forma, podremos identificar los principales desafíos jurídicos a afrontar (2.2.3), y podremos ofrecer una clasificación de las webs 2.0 en base al intercambio económico o no que realizan los sujetos que en ellas intervienen (2.2.4).

2.2.1. Un término original. Antecedentes

Debido a los factores expuestos anteriormente, como la crisis de 2008 y el deterioro medioambiental del planeta, así como un cambio sociocultural y el desarrollo de la tecnología (auge de las plataformas digitales o webs 2.0), la Unión Europea y sus Estados miembros pusieron en marcha en 2010 una estrategia de crecimiento sostenible para toda la década: la Estrategia Europa 2020⁷⁵ (en adelante EUROPA 2020).

Para lograr sus objetivos, se propuso la consecución de tres prioridades interconectadas: un crecimiento inteligente, integrador y sostenible, en base a las cuales se establecieron una serie de *medidas emblemáticas*, tales como “una Europa que utilice eficazmente los recursos”, origen de la concepción *circular* de la economía⁷⁶ (2.2.1.1); y b) “una agenda digital para Europa”, relacionada con el Mercado Único Digital⁷⁷, impulsora del desarrollo digital y, por tanto, del desarrollo de las Webs 2.0 (2.2.1.2).

2.2.1.1. ¿Por qué circular?

Estamos experimentando una evolución del paradigma económico de la economía tradicional -del mercado-, basado en la hipótesis de la abundancia, disponibilidad, facilidad de obtención y eliminación barata de los recursos, con un patrón de crecimiento lineal, cuya secuencia es *tomar-fabricar-consumir y eliminar* y donde la finalidad de los productos es su eliminación para poder volver a consumir otro nuevo, en el que se favorece una sociedad del hiperconsumo y con ello la obsolescencia programada⁷⁸, caracterizado por limitar la vida útil de los productos con la finalidad de estimular el consumo y la producción⁷⁹, hacia una

otro lado, ARMENGOL I GASULL y OLMOS CASTRO (2017, p. 327), apuntan que << (...) frente a tantas empresas y modelos de negocio que se presentan en el mercado, a nuestro juicio de manera impropia, con la etiqueta de economía colaborativa (...)>>. En la misma línea, la CEHAT. “Nivelando las reglas de juego. Documento sobre la denominada “Economía colaborativa o compartida”. (<http://www.cehat.com/frontend/cehat/Nivelando-Las-Reglas-De-Juego-vn7120-vst585>), se refiere a este fenómeno como “la mal llamada economía colaborativa”.

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA (2010f).

⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA (2014e).

⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA (2015b); COMISIÓN EUROPEA (2015c); PARLAMENTO EUROPEO “El Mercado Único Digital Omnipresente”, en *Fichas Técnicas sobre la Unión Europea*. (http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.7.html). ORTIZ VIDAL (2017, p. 82) << (...) El mercado único digital se inspira en el tradicional concepto de mercado común, con la particularidad de que las transacciones comerciales se llevan a cabo a través de internet, por medio de una plataforma colaborativa>>.

⁷⁸ SOTO PINEDA, J. A. (2015). “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”. *Actualidad Civil*, Nº 6.

⁷⁹ Sobre este asunto, exponen RUIZ MALBAREZ y ROMERO GONZÁLEZ (2011, p. 127-138) que <<La primera vez que se aplicó el precepto de obsolescencia programada fue con

nueva forma de entender el crecimiento económico, una filosofía en la que se transforma la última etapa del patrón de crecimiento tradicional, la de **eliminar**, por la de **reutilizar o reciclar**, con la finalidad de que el patrón *tomar-fabricar-consumir y tirar* evolucione hacia el de *tomar-fabricar-consumir y reutilizar o reciclar*; tratando de invertir los efectos negativos ocasionados por el primero, aumentando la vida útil de los bienes. Así, con la economía circular, entre otras medidas, se lucha contra la obsolescencia programada con la producción de bienes mas ecológicos y duraderos, se fomenta el reciclaje y se potencia el uso eficiente y eficaz de los bienes o servicios que se consumen favoreciendo su reutilización.

En definitiva, la *economía circular* refleja la filosofía, mentalidad, el paradigma económico hacia el que evoluciona nuestra sociedad en aras de lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador evocado en EUROPA 2020 ⁸⁰, protagonizado por el aumento exponencial de las actividades económicas protagonizadas por los particulares gracias al auge de las webs 2.0.

2.2.1.2. ¿Por qué 2.0?

El calificativo 2.0 es una referencia evidente a la relevancia del uso de las plataformas digitales o Webs 2.0⁸¹ -términos usados como sinónimos⁸²- en el cambio de paradigma socioeconómico circular -especialmente en el apartado del ámbito del mercado-, donde los particulares tienen la ocasión de generar nuevos modelos de negocio⁸³ basados en el uso de bienes económicos infrautilizados, que, mediante las plataformas digitales o Webs 2.0, hacen posible su circulación.

No obstante, además de la importancia del uso de las plataformas digitales, con el apelativo 2.0 queremos ir más allá del simple tratamiento de los residuos y del mero reciclaje, idea con la que se asocia automáticamente el

las bombillas, en 1881. Edison la puso a la venta con una vida útil muy larga. Cuarenta años más tarde se creó el “Comité de 1.500 horas”, con el objetivo de aprobar que ninguna bombilla superara las mil horas. Fue precisamente en los propios años veinte del siglo pasado cuando los fabricantes deciden agruparse para acortar la vida útil de los productos y aumentar las ventas. Así, hubo productos que desaparecieron del mercado porque su calidad era óptima y no se rompían, por lo tanto desestimulaban el consumo. A partir de ese momento las técnicas de obsolescencia programada fueron y son más sofisticadas e influyen en la mente del consumidor para que cambie constantemente un determinado objeto. Si los productos no se fabrican deliberadamente para durar, la calidad no importa. Es inevitable la utilización de materiales de inferior calidad, reducciones en el tiempo necesario para desarrollar el producto y minoración de los esfuerzos para inspeccionar tanto el producto como su proceso productivo>>.

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA (2 de diciembre de 2015, p. 8): <<En una economía circular, el valor de los productos y materiales se mantiene durante el mayor tiempo posible; los residuos y el uso de recursos se reducen al mínimo, y los recursos se conservan dentro de la economía cuando un producto ha llegado al final de su vida útil, con el fin de volverlos a utilizar repetidamente y seguir creando valor. Este modelo puede crear empleo seguro en Europa, promover innovaciones que proporcionen una ventaja competitiva y aportar un nivel de protección de las personas y el medio ambiente del que Europa esté orgullosa. También puede ofrecer a los consumidores productos más duraderos e innovadores que aporten ahorros económicos y una mayor calidad de vida>>.

⁸¹ Nombre adoptado por DALE DOUGHERTY, siendo desarrollado posteriormente por TIM O'REALLY. Información recuperada de GALLEGO PEREIRA *et al.* (2014, p. 40 y 41).

⁸² GALLEGO PEREIRA *et al.* (2014, p. 39 y 162).

⁸³ Como indica PORRAS SANCHEZ (2010, p. 215): <<Aparecen nuevas oportunidades y modelos de negocio con la 2.0. Esto tiene beneficios y ventajas>>

concepto de economía circular⁸⁴, haciendo referencia a los nuevos hábitos de consumo y de producción de los actores económicos mas conscientes con la sociedad y el medio ambiente⁸⁵, en el mismo sentido que GUEVARA PLAZA (2008, p. 39), quien comenta que <<*podemos definir que la Web 2.0 más que un cambio tecnológico es una nueva actitud de los usuarios ante la red, una nueva filosofía de hacer las cosas. Su evolución en los últimos años ha sido posible gracias al avance y la reducción de coste de las tecnologías, lo que ha facilitado el acceso de los usuarios a los diferentes servicios que fomentan la colaboración*>>.

2.2.2. El nuevo paradigma socioeconómico

El fenómeno socioeconómico que representa la economía circular 2.0 -la mal llamada economía colaborativa-, influye en los dos ámbitos del modelo económico que hemos presentado, tanto en la dimensión colaborativa (2.2.2.1) como, especialmente, en el ámbito del mercado (2.2.2.2).

2.2.2.1. Economía circular 2.0 y economía colaborativa

Como vimos anteriormente, la economía colaborativa (según la definición que hemos propuesto) se compone de las actividades económicas en las que no hay ánimo de lucro -pecuniario o no-, aquellas donde las partes que las desarrollan tratan de satisfacer una única necesidad humana, ya sea con una finalidad altruista, benévola, voluntariosa, o, simplemente, para compartir los costes económicos.

Así, al no ser un requisito *sine qua non* el uso de las webs 2.0 para hablar de economía colaborativa, y esta caracterizarse, además, por seguir una filosofía circular en la gestión de los bienes económicos (maximización de la eficiencia de los bienes económicos de los que se dispone), la influencia de la economía circular 2.0 sobre este ámbito de la economía (colaborativa) se refleja en el aumento exponencial del número de actividades producido al auge de las webs 2.0, de forma que, desde una perspectiva jurídica, el aspecto a tener en cuenta será el cumplimiento por parte de las plataformas digitales de la vigilancia, control y garantía del cumplimiento de los particulares de los requisitos expuestos anteriormente, es decir, de controlar que las actividades económicas colaborativas, efectivamente, no tengan como finalidad la obtención de ánimo de lucro.

Por ello, el aumento exponencial de este tipo de actividades económicas, al desarrollarse fuera del mercado, entendemos que no tiene ninguna repercusión jurídica. De este modo, consideramos que los efectos jurídicos de la economía circular 2.0, especialmente el auge de las plataformas digitales, se circunscriben al ámbito del mercado, a las actividades económicas entre particulares con ánimo de lucro (especialmente en el sector del alojamiento).

2.2.2.2. Economía circular 2.0 y economía tradicional (del mercado)

La principal consecuencia de la economía circular 2.0 en el ámbito del mercado es, a parte de la adaptación de las empresas al mercado digital y a los

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA (2014).

⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015, d).

nuevos hábitos de consumo de los consumidores⁸⁶, el aumento exponencial de las actividades económicas protagonizadas por particulares (en principio no profesionales), que, a través del uso de las webs 2.0, buscan crear valor en común mediante el uso de bienes económicos ociosos o infrautilizados.

En este ámbito económico, al contrario de lo que sucede en el colaborativo, el uso de las webs 2.0 sí es un requisito *sine qua non* para que, en efecto, el mercado evolucione hacia la economía circular 2.0, puesto que, hasta el auge de las webs 2.0 y el resto de factores, los intercambios económicos estaban protagonizados en su mayoría por profesionales y consumidores y usuarios, dando lugar a las conocidas relaciones verticales, es decir, los negocios tradicionales, quedando las relaciones celebradas entre particulares (conocidas como horizontales o entre iguales) reducidas a un número casi marginal que pasaban completamente inadvertidas tanto para economistas como para el legislador por la asimetría de la información y las barreras de acceso al mercado.

De este modo, es el aumento exponencial⁸⁷ de las relaciones entre particulares con ánimo de lucro a través de las webs 2.0 lo que plantea los principales retos jurídicos de la era circular 2.0⁸⁸. En este sentido, los particulares llevan a cabo negocios jurídicos a partir de los bienes económicos infrautilizados u ociosos⁸⁹ mediante los cuales ven la posibilidad de crear valor en común a través de su intercambio, una práctica que, tradicionalmente -antes de la economía circular 2.0-, se realizaba de forma ocasional y en los círculos más estrictos de confianza, pero que, y he aquí la esencia del nuevo paradigma económico, con el auge de las webs 2.0 y el desarrollo de la tecnología, logra superar la asimetría de la información y el coste de acceso a los mercados que limitaban dichas acciones entre particulares, y, junto al desarrollo de los sistemas de reputación y de confianza así como la seguridad en los pagos en línea y otros avances, posibilita la creación de nuevas redes de intercambio y

⁸⁶ En el caso de los profesionales, lo que se produce es un reinvento en la forma de realizar interactuar en los mercados, marcado especialmente por la llegada de lo digital. La visión de los profesionales en este nuevo fenómeno socioeconómico viene muy bien recogida en la obra de GANSKY (2010, p. 35 y 67), una de las primeras en tratarlo. En ella se habla desde la perspectiva empresarial, haciendo hincapié en que o las empresas se adaptan o desaparecen, comentando al respecto que ahora <<(…) los consumidores tienen más opciones, más herramientas, más información y más poder para tomar sus decisiones>>. Determina que las empresas deben comenzar a adaptarse a este fenómeno incorporando nuevas estrategias de negocios que, necesariamente, vayan en el mismo sentido que el fenómeno que se está viviendo, es decir, hacia una nueva forma de entender y proceder de las empresas que califica como <<La malla>>, hablando asimismo de <<empresas malla>>.

⁸⁷ COMISIÓN EUROPEA (2016a, p. 3).

⁸⁸ En el caso de los profesionales o empresas, con la economía circular 2.0 lo que se produce es una reinvención en las estrategias de mercado y las políticas de expansión, mas conscientes con la sociedad y con el medio ambiente, un hecho que, desde la perspectiva jurídica, no suscita mayor interés más allá del desarrollo del comercio electrónico. La visión de los profesionales en este nuevo fenómeno socioeconómico puede observarse en la obra de GANSKY (2010, p. 35 y 67), en el que se refiere al nuevo concepto de empresas (en sintonía con los factores que originan la economía circular 2.0) como *empresas malla*.

⁸⁹ Entre otros, CNMC, Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación, de la consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, p. 2; ALFONSO SÁNCHEZ y BURILLO SANCHEZ (2017, p. 61).

comunidades online⁹⁰, funcionales 24 horas, accesibles desde cualquier lugar del mundo a cualquier interesado en ofrecer o adquirir bienes o servicios, con la consecuencia de que, ahora, en lugar de hacerlo ocasionalmente y en círculos de confianza analógica, el particular puede llevar a cabo una actividad económica de forma habitual -y, por lo tanto, profesional- en los mercados 2.0. Los ejemplos más relevantes de webs 2.0 propias de este ámbito económico, además de las plataformas en las que se intercambian viviendas entre particulares como HomeExchange, son Airbnb, Wallapop, y los Bancos del Tiempo. En el caso de Airbnb, se ofrece alojamiento en viviendas de particulares a cambio de un precio que, normalmente, es inferior a lo que se pagaría en hoteles⁹¹. Este tipo de cesión temporal del uso de la vivienda es la que se articula a través del Arrendamiento vacacional o del Alquiler turístico, dos tipos de cesiones temporales del uso de una vivienda, a cambio de un precio, cuyos ámbitos normativos varían en función del criterio de habitualidad. Por lo que respecta a la plataforma digital WALLAPOP, esta web 2.0 se dedica a la compraventa de bienes de segunda mano en la que se intercambian bienes, normalmente infrautilizados, a cambio de un precio mas atrayente que el que se puede encontrar por el mismo producto nuevo. Y, finalmente, los conocidos como BANCOS DE TIEMPO, en donde <<se intercambian habilidades entre los miembros sin utilizar dinero, únicamente se contabilizan las horas de servicio prestado y recibido>>⁹², también las relaciones que facilitan son actividades económicas propias del ámbito económico del mercado pues, como sus propios impulsores indican, se intercambian habilidades, que, por mucho hincapié que pueda hacerse sobre la ausencia de dinero y sobre el carácter comunitario y social de la misma, se realizan intercambios de bienes o servicios valorables económicamente.

En definitiva, EUROPA 2020 y la consecución de sus tres prioridades son los elementos que inspiran el concepto *economía circular 2.0*, un paradigma socioeconómico que destaca, esencialmente, por el auge de las actividades económicas desarrolladas entre particulares que, en su condición jurídica de particulares, interaccionan con otros particulares a través de las webs 2.0 con la finalidad de celebrar acuerdos, tanto sin ánimo de lucro (economía colaborativa) como, en su gran mayoría, con ánimo de lucro, el tipo de relaciones sobre las que orbitan los principales retos jurídicos: delimitar el requisito de habitualidad y la responsabilidad de las plataformas digitales en las actividades económicas que se llevan a cabo.

2.2.3. Principales retos jurídicos de la economía circular 2.0.

El auge de las webs 2.0 ha posibilitado que los particulares puedan llevar a cabo actividades económicas con una facilidad antaño inimaginable, ya que, lo

⁹⁰ RIBES (2009).

⁹¹ DE LA ENCARNACION VARCÁRCCEL (2016, p. 52), en el mismo sentido que nosotros, añade que <<Esta plataforma virtual es un ejemplo de alteración de la esencia de la economía colaborativa al tratarse de un verdadero modelo de negocio, manifestación del capitalismo más puro 115. Por esta razón, queda patente que la actividad que AirBnb desarrolla está completamente alejada de los dictados de la economía colaborativa. Se trata, al fin y al cabo, de un intermediador que opera en la Red y que recibe una contraprestación por sus servicios>>.

⁹² <http://www.bdtonline.org/>

que antes se hacía ocasionalmente, ahora puede realizarse de forma habitual (con las connotaciones jurídicas que esto presenta).

La importancia de las plataformas digitales en el ámbito del mercado es tal que, como hemos observado anteriormente, algunos autores hacen referencia a una economía de plataformas, o incluso hablan directamente de plataformas colaborativas. Sin embargo, entendemos que en todo momento se hace referencia a la economía propia del mercado desarrollada a través de las webs 2.0, unas actividades económicas que, además, están motivada por otra serie de requisitos.

En este sentido, los mercados 2.0 generados por las plataformas digitales favorecen que los particulares puedan llevar a cabo actividades de forma habitual, originándose así el primero (y principal, desde nuestro punto de vista) de los retos jurídicos, la concreción del criterio jurídico de habitualidad - permítasenos insistir que únicamente es eficaz en el ámbito del mercado-, un criterio a partir del cual se determinará, entre otras cuestiones, el sometimiento de estos sujetos particulares a la normativa de consumo y de competencia desleal, así como a las barreras de acceso al mercado y normas tributarias más exigentes, ya que, dándose la nota de la habitualidad (así como la de la capacidad legal y la actuación en nombre propio), se modifica su condición jurídica de particular por la de profesional o empresario y de consumidor y usuario, pero nunca por la del prosumidor, una figura inviable jurídicamente⁹³.

Paralelamente a la determinación del criterio de habitualidad, el análisis de la responsabilidad de las plataformas digitales en estas actividades económicas se presenta indispensable en el ámbito del intercambio, así como su nivel de implicación, debiéndose clarificar cuándo actúa como intermediaria y cuándo como responsable del servicio subyacente. Sin embargo, dicha implicación queda supeditada a la determinación de la naturaleza de las actividades que en ellas se desarrollen⁹⁴, motivo por el cual, a continuación, en la clasificación de las actividades desarrolladas por particulares, nos centraremos exclusivamente en las actividades que se celebran entre particulares, y no así en el análisis de la relación que se crea entre estos y la plataforma digital.

2.2.4. Clasificación de las actividades desarrolladas por particulares

En base a la existencia o no de un intercambio económico, primero, y del criterio de habitualidad, después, propondremos una novedosa y original clasificación de las principales plataformas digitales, contraria a la totalidad de la doctrina⁹⁵, con la que pretendemos ofrecer una respuesta a las principales

⁹³ Para una crítica más detallada sobre este concepto, EL AUTOR (2019a)

⁹⁴ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (2019, p.186).

⁹⁵ La clasificación que proponemos, al igual que el concepto de economía colaborativa, se opone directamente a la clasificación doctrinal mayoritaria basada en una idea de ánimo de lucro confusa e imprecisa. En este sentido, la practica totalidad de la doctrina engloba bajo el concepto de economía colaborativa toda una serie de actividades económicas que no presentan ninguna relación con el adjetivo colaborar o compartir y que, por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, son muy diferentes entre ellas. A título de ejemplo, entre otros, DOMENECH PASCUAL (2015, p. 66); ANTON ANTON y BILBAO ESTRADA (2016, p. 13); MONTERO PASCUAL (2017, p. 31); MUÑOZ PÉREZ (2017, P. 195); consideran como

cuestiones que se plantean desde la Unión Europea⁹⁶ acerca de la economía colaborativa; el sometimiento o no de las distintas plataformas digitales y, más concretamente, de las actividades económicas que en ellas se desarrollan a los requisitos de acceso al mercado⁹⁷.

Desde la perspectiva meramente de la relación entre los particulares, con esta clasificación pretendemos ofrecer una explicación que permita llegar a una solución jurídicamente transversal del fenómeno de la economía circular 2.0, en base a, en primer lugar, la existencia o no de ánimo de lucro -pecuniario o no pecuniario-, permitiéndonos identificar si una actividad es de carácter colaborativo, de forma que será inaplicable la normativa del mercado, o es de carácter lucrativo, susceptible de someterse a la normativa especial del mercado, y, posteriormente, centrados en el ámbito del mercado, concretamente las actividades económicas protagonizadas, en principio, por particulares, y en base al criterio de habitualidad, diferenciaremos entre aquellas que se realizan, efectivamente, de particular a particular, a los que no les deberían ser de aplicación las normas especiales del mercado -normativa de Consumo, competencia desleal, tributación especial, entre otras-, y las que se realizan, sin embargo, ya no entre particulares, sino entre un profesional y un consumidor y usuario, sometidas a la normativa especial que regula el mercado.

La trascendencia de esta clasificación presenta, bajo nuestro punto de vista, un doble beneficio jurídico práctico. Así, una clasificación general de las webs 2.0 en base a las actividades económicas que se desarrollan, identificando cuáles no deben, bajo ningún concepto, limitarse ni restringirse por parte del legislador en base a supuestas interferencias en el mercado o a una eventual competencia desleal, como son las actividades colaborativas, y cuáles sí, las actividades de los mercados, aquellas sobre las que orbitan los principales retos jurídicos de la economía circular 2.0 por ser susceptibles de cometer actos de competencia desleal y someterse al ámbito del Derecho del consumo, nos permite identificar que, finalmente, son principalmente las actividades económicas con ánimo de lucro, celebradas entre particulares a través de las plataformas digitales, sobre las que se debe centrar el análisis jurídico de este paradigma económico.

Por estos motivos, las consecuencias jurídicas extensibles a las distintas actividades económicas variarán enormemente en función del ámbito económico al que entendamos que se encuentran sometidas. Únicamente aquellas que se sitúen en la dimensión económica del mercado deben ser, siguiendo nuestro

parte de la economía colaborativa las plataformas digitales Airbnb, Uber, Blablacar, Couchsurfing, Coworking y Crowdfunding.

⁹⁶ En efecto, señala la propia COMISIÓN EUROPEA (2016a, p. 6) que esta decisión <<depende de la naturaleza de sus actividades>>.

⁹⁷ Para la COMISIÓN EUROPEA (2016a, p. 3) <<una cuestión clave tanto para las autoridades como para los operadores del mercado es si, con arreglo a la legislación vigente de la UE, las plataformas colaborativas y los prestadores de servicios pueden estar sujetos a los requisitos de acceso al mercado, y en tal caso, en qué medida. Dichos requisitos pueden incluir las autorizaciones para la actividad empresarial, las obligaciones vinculadas a la concesión de licencias o los requisitos normalizados de calidad mínima (p. ej., el tamaño de las habitaciones o el tipo de vehículos, las obligaciones de seguro o depósito, etc.). Con arreglo a la legislación de la UE, dichos requisitos deben estar justificados y ser proporcionados, teniendo en cuenta las especificidades del modelo empresarial y de los servicios innovadores en cuestión, sin privilegiar un modelo de negocio en detrimento de otro>>.

criterio, susceptibles de cometer actos de competencia desleal, o contrarios a la normativa de Consumo y de las normas laborales, administrativas, o también del Código de comercio, o respetar los criterios de acceso al mercado cuando los haya. Desde la perspectiva opuesta, las actividades que consideremos propias de la economía colaborativa deben quedar exentas de tales exigencias y no pueden limitarse por motivos de competencia o por requisitos de acceso al mercado, sino más bien lo contrario, debieran potenciarse por la cantidad de beneficios de todo tipo que generan -sociales, económicos y medioambientales-. La relevancia práctica de esta clasificación es la de, además de justificar el régimen jurídico aplicable a las distintas actividades que se promueven a través de las plataformas digitales, poder determinar si las distintas relaciones jurídico-privadas que en ellas se desarrollan deben acatar las distintas limitaciones e imposiciones administrativas, como por ejemplo licencias para poder desempeñar determinadas actividades económicas, o las distintas imposiciones administrativas de las Comunidades Autónomas en materia de turismo, como servicios de atención 24h, aires acondicionados, hojas de reclamaciones, entre otras.

	CLASIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS CELEBRADAS ENTRE PARTICULARES EN EL NUEVO PARADIGMA DE LA ECONOMÍA CIRCULAR 2.0			
Ámbito de la economía	COLABORATIVA		LOS MERCADOS	
Finalidad	Colaborar		Onerosa	
¿Ánimo de lucro?	No		Sí	
Tipo de relación	Compartida <i>Reducción de costes</i>	Gratuita <i>Altruista o benévola</i>	Trueque <i>No dinerarias</i>	Pecuniarias <i>Obtención de dinero</i>
Actividad económica	Desplazamientos por carretera	Voluntariados, Alojamiento	Intercambio de cosas, habilidades	Compraventa, Arrendamientos
Ejemplo de Webs 2.0	Blablacar	Couchsurfing ONGs	Intercambio de casa Bancos de tiempo	Airbnb, Wallapop

Clasificación elaborada por el Autor del artículo

Como puede observarse, en base a la existencia o no de ánimo de lucro (intercambio económico), proponemos la división de las actividades económicas en dos bloques: las colaborativas y las propias del mercado. Una vez aclarado qué se entiende por economía colaborativa, entonces, centrándonos en el análisis de las actividades económicas que se desarrollan en el mercado, creemos que debe protegerse, e incluso potenciarse, las actividades económicas

(de intercambio) que desarrollan los particulares con otros particulares a través de un criterio de habitualidad amplio y homogéneo en todas las Comunidades Autónomas. De esta forma, a partir de esta primera clasificación, basada en el criterio de la existencia de un determinado intercambio económico o la existencia del ánimo de lucro, en la que se diferencia entre Couchsurfing y Airbnb, Blablacar y Uber, o Nolotiro y Wallapop, se fija la base sobre la que se asentará la segunda fase del análisis de este fenómeno socioeconómico - economía circular 2.0-, en donde nuestro legislador debe afrontar y resolver dos cuestiones jurídicas trascendentales que, permítasenos recordar, nada tienen que ver con la economía colaborativa.

III. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ALOJAMIENTO COLABORATIVO EN BASE A LA ECONOMÍA VERDADERAMENTE COLABORATIVA

Partiendo de la noción anterior de economía colaborativa, consideramos que el concepto de alojamiento colaborativo, concebido como una actividad económica propia de aquella⁹⁸, solo puede representar la cesión temporal del uso de una vivienda a título gratuito⁹⁹ (3.1). En este sentido, es importante marcar los límites con respecto al resto de cesiones de viviendas que se realizan con carácter lucrativo, figuras afines (3.2) cuya regulación jurídica es muy diferente (3.3).

3.1. EL ALOJAMIENTO VERDADERAMENTE COLABORATIVO

Partiendo Como hemos expuesto en el apartado II, el concepto de economía colaborativa engloba a todas aquellas actividades económicas que buscan satisfacer una única y determinada necesidad económica sin para ello recurrir al intercambio económico (al mercado), sino que su finalidad es meramente benéfica, altruista, compartida, en definitiva, colaborativa. Es decir, el concepto de economía colaborativa se elabora en contraposición a las relaciones onerosas, las relaciones cuya finalidad es la obtención de ánimo de lucro, sea este pecuniario o no.

Por ello, entendemos que el concepto alojamiento colaborativo, derivado del ámbito económico de la economía colaborativa, debe contener todas las características expuestas anteriormente. De este modo, este tipo de cesión temporal de vivienda o una parte de esta se caracteriza por realizar sin ánimo de lucro.

El Alojamiento colaborativo ha sido tradicionalmente protagonizado por miembros pertenecientes a los círculos más íntimos y privados de confianza

⁹⁸ CONTRERAS DELGADO *et al.* (2017, p. 338) apuntan que <<Uno de los sectores en los que la economía colaborativa está teniendo un mayor impacto, tanto en términos de entrada de nuevos agentes como en lo que se refiere a la inversión, es el sector del alojamiento. De forma más específica, el denominado **alojamiento turístico**>>.

⁹⁹ En el mismo sentido GONZÁLEZ CABRERA (2019, p. 40).

conformados por familiares y amigos. Más, con al auge y el desarrollo de las plataformas digitales o webs 2.0, así como de la tecnología y de otros factores, se ha logrado superar esa barrera “física” de confianza, haciendo posible la extensión de estas prácticas gratuitas a otras personas que, aunque fuera de estos círculos tradicionales, forman parte de una nueva comunidad digital. Un ejemplo práctico es la actividad económica que facilita la ONG Servas¹⁰⁰, reconocida por la Unesco y con representación en la ONU, que busca estimular el intercambio de ideas ‘cosas no valorables económicamente’, para ayudar a comprender diferentes culturas, tradiciones y modos de vida, remarcando específicamente que <<Servas **no** es una alternativa al alojamiento en hotel. Servas tiene como objetivo principal promover el entendimiento entre personas de todo el mundo, facilitando un contacto personal y familiar entre sus miembros>>. La idea base es formar una comunidad Servas a nivel internacional en la que se comparta esta filosofía colaborativa, contraria a todo tipo de intercambio económico. Se trata de un tipo de alojamiento colaborativo, como así queda perfectamente clarificado en las condiciones de uso, en las que el anfitrión <<nunca estará obligado a recibir a los viajeros si no puede o no lo desea y no necesita dar explicaciones al respecto>>.

Además de SERVAS, el ejemplo paradigmático de lo que representa el alojamiento colaborativo en la era de las plataformas digitales o webs 2.0 es la plataforma Couchsurfing¹⁰¹, una comunidad digital en la que los usuarios ofrecen sus viviendas, normalmente un sofá o algún colchón, para que otros miembros de la comunidad se puedan hospedar de forma totalmente gratuita, sin tener por ello la obligación de ofrecer una contraprestación económica a cambio por parte del huésped al anfitrión. La filosofía es crear una comunidad online en la que sea posible el alojamiento en casa de otros usuarios de forma totalmente desinteresada, sin que sea la consecuencia directa de haber aceptado y alojado, previamente, en su vivienda, a otro usuario, sino porque esa sea la finalidad de la comunidad. De esta forma, es la falta de onerosidad del concepto de economía colaborativa el elemento esencial que caracteriza el Alojamiento colaborativo. Por este motivo, creemos que deben quedar excluidas de este concepto aquellas actividades económicas con ánimo de lucro o de carácter oneroso, es decir, los alojamientos **no colaborativos**, ya sean no pecuniarias ‘intercambios de casas’ como pecuniarias ‘arrendamientos’. En este sentido, entendemos que la actividad económica que se desarrolla a través de Couchsurfing es, como la de Servas, no onerosa, ya que se realiza sin que medie entre las partes ningún tipo de intercambio económico o ánimo de lucro, por muy insignificante que se diga que es, pues, como expusimos anteriormente, el ánimo de lucro lo entendemos desde una perspectiva finalista ‘llevar a cabo o no un determinado intercambio’, y no desde la perspectiva cuantitativa ‘hay ánimo de lucro cuando se obtiene una determinada cantidad de algo’. Así, se ofrece alojamiento sin que, por esta acción, se genere en la otra parte, como contrapartida, una determinada obligación jurídica¹⁰², como sí sucede en los alojamientos no colaborativos.

¹⁰⁰ <https://www.servas.es/que-es-servas-somos/que-es-servas>

¹⁰¹ Recuperado de <https://www.couchsurfing.com/>.

¹⁰² Así, no es lo mismo ofrecer alojamiento a un sujeto con la finalidad última de aprender su idioma, una situación en la que, en principio, el huésped quedaría, en cierta medida, condicionado con respecto al anfitrión, debiendo invertir tiempo y esfuerzo para realizar esta tarea (el huésped se beneficia de un alojamiento a cambio de enseñar su propio

La figura jurídica con la que se identifican generalmente este tipo de cesiones temporales de vivienda es con la del comodato (arts. 1740 al 1752 del CC), cuyo art. 1740 reza lo siguiente: *<<por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés>>*. El carácter gratuito de esta figura¹⁰³ es el elemento esencial que caracteriza a los alojamientos colaborativos, y es precisamente la línea divisoria que la diferencia de las otras cesiones temporales de vivienda que se pueden producir entre dos particulares.

Así las cosas, tanto la economía colaborativa como los sectores que la componen, en este caso el alojamiento colaborativo, se diferencian de la economía del mercado y de los distintos tipos de cesiones temporales de vivienda que en ella se realizan (intercambio de viviendas, arrendamientos vacacionales o alquileres turísticos), precisamente en la falta de onerosidad de las primeras, es decir, en la falta de ánimo de lucro de las partes o de cualquier tipo de intercambio económico.

3.2. EL ALOJAMIENTO COLABORATIVO NO ES SINÓNIMO NI DE ARRENDAMIENTO VACACIONAL NI ALQUILER TURÍSTICO

Desde nuestro punto de vista, no es acertado que el término alojamiento colaborativo se uso como sinónimo de intercambio de casa (3.2.1), o de arrendamiento vacacional y alquiler turístico¹⁰⁴ (3.2.2), ya que son cesiones temporales de viviendas que, pese a que se celebren en su mayoría (en principio) entre particulares a través de plataformas digitales, se someten a un ámbito normativo muy diferente (3.2.3).

3.2.1. El alojamiento colaborativo no es de intercambio de casas

Pese a que la doctrina parezca aceptar el intercambio de casas como parte de la economía colaborativa y, por ende, de lo que debe entenderse por alojamiento colaborativo, nosotros no estamos de acuerdo.

Como hemos expuesto anteriormente, creemos que la economía colaborativa excluye todo tipo de actividades con ánimo de lucro, sea este de carácter pecuniario (Airbnb), o no, como así sucede, en principio, con las actividades que se promocionan a través de la plataforma digital HomeExchange, en las que se produce un trueque. De este modo, los intercambios de casas creemos que deben quedar excluidos del concepto alojamiento colaborativo

idioma), que el hecho de alojar a un tercero de forma totalmente gratuita y desinteresada con la muy probable posibilidad (pero no condición) de que, durante el tiempo que compartan y estén juntos el huésped y el anfitrión, pueda este, eventualmente, beneficiarse de la situación para practicar y mejorar el conocimiento del idioma, o de aprender una nueva forma de cocinar, la cultura de otro país, o de hacer una nueva amistad, siempre y cuando estos beneficios no supongan la causa última del alojamiento, que, como hemos dicho, se podría traducir en los condicionamientos o en el acuerdo de las partes.

¹⁰³ VIVAS-TESÓN, I. (2002). *El contrato de comodato*. Tirant lo Blanch

¹⁰⁴ En el mismo sentido OTERO COBOS (2019, p. 340).

porque, pese a que el deudor de la relación no satisfaga su deuda mediante el pago de una cantidad pecuniaria, se genera igualmente una relación bilateral obligatoria de carácter onerosa que, como todas aquellas que buscan la realización de un determinado intercambio económico, son susceptibles de cometer actos de competencia desleal, o también de quedar sometidas al criterio de la habitualidad o a la normativa de consumidores y usuarios.

Por todo ello, creemos que todas aquellas actividades económicas donde se produce un determinado intercambio económico (trueques, intercambios de habilidades, y otras), como es el caso de los intercambios de casas, quedan fuera tanto del concepto de la economía colaborativa como, en este caso concreto, del alojamiento colaborativo.

3.2.2. El alojamiento colaborativo no es sinónimo ni de arrendamiento vacacional ni alquiler turístico

Con respecto a los alojamientos realizados a cambio de un precio -los pecuniarios-, creemos que, si el término de Alojamiento colaborativo tiene su origen en la economía colaborativa, y esta se caracteriza, a su vez, por excluir de su ámbito de aplicación las relaciones jurídico-privadas orientadas a la obtención de un determinado intercambio económico, **no puede usarse como sinónimo de Arrendamiento vacacional ni de Alquiler turístico**, pues hacen referencia a otros dos tipos de arrendamientos sometidos a normativas diferentes¹⁰⁵.

Creemos que no contribuye a un análisis preciso y esclarecedor de la regulación de las cesiones temporales de vivienda el uso indistinto como sinónimos de los conceptos anteriormente mencionados. La falta de precisión y exactitud terminológica creemos que enturbia su análisis y produce conclusiones jurídicamente discutibles, como la afirmación que entiende que *<<Airbnb sigue siendo todo un referente a nivel mundial [como una de las] plataformas de alojamiento colaborativo de referencia>>*¹⁰⁶. En este sentido, cabría preguntarse, ¿Las cesiones temporales de vivienda que los usuarios llevan a cabo a través de Airbnb son verdaderamente de carácter colaborativo? ¿Es adecuado tratarlos como alojamientos colaborativos? Desde nuestro punto de vista, entendemos que no.

Aceptando que Airbnb es el referente del alojamiento colaborativo, el calificativo *colaborativo* pierde su significado literal (ausencia de intercambio económico o de ánimo de lucro), y queda reducido -a causa de la mal llamada economía colaborativa- a la mera utilización de una plataforma digital (mal llamada igualmente plataforma colaborativa). Precisamente, el uso injustificado del calificativo *colaborativo* aumenta la sensación de inseguridad jurídica que existe en torno a este tipo de actividades económicas. Por esa razón, retomando la frase anterior, y haciendo un uso preciso de los términos, debería replantearse en la siguientes términos: ***Couchsurfing*** *sigue siendo todo un referente a nivel mundial [como una de las] plataformas de alojamiento*

¹⁰⁵ En contra, FERNÁNDEZ PÉREZ (2018, p. 46) utiliza el concepto de alojamiento colaborativo *<<para aludir a un nuevo modelo sin prejuzgar su carácter o no de actividad vinculada a compartir experiencias por parte de quienes participan en él, o por el contrario, de actividad profesional>>*.

¹⁰⁶ COSTA REYES (2019, p. 215.) En el mismo sentido, igualmente, OTERO COBOS (2019, p. 337), respecto a la economía colaborativa, considera a *<<la plataforma digital Airbnb, una de las pioneras en el sector>>*.

colaborativo de referencia; o, de esta otra: *Airbnb sigue siendo todo un referente a nivel mundial de la economía circular 2.0 como una de las plataformas de alojamiento de referencia*. Con los cambios propuestos, no habría dudas de que la actividad económica subyacente que se desarrolla en Airbnb por (en principio) no profesionales, encuentra su encaje jurídico en los alojamientos **no colaborativos**, de modo que, a diferencia de Couchsurfing, se parte de la base de que son cesiones temporales de viviendas susceptibles de quedar sometidas al Derecho de consumo y, en especial, a los restrictivos Decretos autonómicos en materia de turismo.

Así, no son alojamientos colaborativos las cesiones temporales de viviendas realizadas entre particulares a cambio de un precio, independientemente del uso o no de las plataformas digitales o webs 2.0, ya que al existir ánimo de lucro -pecuniario en este caso-, quedan sometidas al ámbito del mercado. En este sentido, y tan solo tras haber delimitado los alojamientos verdaderamente colaborativos de los no colaborativos (en base a al ánimo de lucro o intercambio económico), entonces, tiene sentido hablar del criterio de habitualidad. En efecto, este criterio es el indicado para diferenciar, dentro de las cesiones temporales de vivienda onerosas (y no con respecto a las colaborativas y no colaborativas), entre los arrendamientos vacacionales¹⁰⁷, celebrados por particulares, y los alquileres turísticos¹⁰⁸, por profesionales y consumidores y usuarios¹⁰⁹.

3.2.3. Clasificación de las principales cesiones temporales de vivienda en la economía circular 2.0.

A modo de conclusión, el Alojamiento colaborativo, el Arrendamiento vacacional, el Alquiler turístico y el Intercambio de viviendas son diferentes tipos de cesiones temporales de viviendas celebradas entre particulares (excepto el Alquiler turístico, que se celebra entre profesionales y consumidores y usuarios), diferenciados en base a la existencia o no de ánimo de lucro, dando lugar a los alojamientos colaborativos y no colaborativos.

El intercambio económico es el elemento esencial que sirve para diferenciar, en una primera etapa, entre Alojamientos colaborativos (economía colaborativa) y Alojamientos **no colaborativos** (ámbito del mercado). Con respecto a los no colaborativos, a su vez, una vez establecida esta primera separación, en una segunda etapa analítica, los diferenciamos entre los no

¹⁰⁷ Aquellas cesiones temporales de viviendas, entre particulares, a cambio de un precio, sometidas a la voluntad de las partes, a la L.A.U. y al Código civil, el tipo de arrendamientos que, en este nuevo paradigma económico, se trata de fomentar desde la Unión Europea [COMISIÓN EUROPEA (2016a)] mediante la instauración de un criterio de habitualidad más favorable a los intercambios económicos entre particulares que les permita interactuar en el mercado como particulares, de forma ocasional y no profesional, sin verse obligados a cumplir las mismas exigencias administrativas impuestas a las empresas y profesionales.

¹⁰⁸ Aquellas cesiones temporales de viviendas celebradas a cambio de un precio, que, en lugar de celebrarse entre particulares, se entienden realizadas por un profesional y un consumidor y usuario. Es un tipo de arrendamiento que queda expresamente excluido de la LAU a favor de los Decretos autonómicos de viviendas de uso turístico, a la normativa turística general, al Derecho de consumo y a la normativa de competencia desleal, así como a la normativa específica tributaria, entre otras.

¹⁰⁹ La diferencia jurídica entre ambas cesiones temporales de vivienda, a cambio de un precio, la desarrollamos en EL AUTOR (2017c).

pecuniarios (HomeExchange) que hemos tratados anteriormente, y los pecuniarios (Airbnb), los cuales se van a diferenciar¹¹⁰, a su vez, en función del criterio de habitualidad, entre los Arrendamientos vacacionales ‘protagonizados por particulares’, sometidos a la L.A.U. y, supletoriamente, al Código civil, a los que no le son de aplicación ni el Derecho de consumo ni la normativa autonómica de turismo, y los Alquileres turísticos, protagonizados por profesionales y consumidores y usuarios, un tipo alquiler expresamente excluido de la L.A.U. ex. Art. 5 e) a favor de los distintos Decretos autonómicos sobre viviendas de uso turístico, así como a la normativa turística y, especialmente, al Derecho de consumo.

En definitiva, la relevancia jurídica práctica que extraemos de nuestro análisis pudiera quedar resumido en que, en base al ánimo de lucro, en primer lugar, y del criterio de habitualidad, posteriormente, el alojamiento colaborativo, el arrendamiento urbano y el alquiler turístico son cesiones temporales de vivienda reguladas de forma diferente.

	PRINCIPALES TIPOS DE CESIONES DEL USO DE VIVIENDAS ENTRE PARTICULARES EN LA ECONOMÍA CIRCULAR 2.0			
Alojamiento	COLABORATIVO	NO COLABORATIVO		
Finalidad	Colaborar	Onerosa		
Tipo	Gratuita	No pecuniaria	Pecuniaria	
Web 2.0	COUCHSURFING	HOMEEXCHANGE	AIRBNB	
Criterio de Habitualidad	Inaplicable	No	No	Sí
Modalidad	Alojamiento colaborativo	Intercambio de casa	Arrendamiento vacacional	Alquiler turístico
Estatus jurídico	Particulares	Particulares	Particulares	Profesionales y consumidores y usuarios
Requisitos de entrada al mercado	Inaplicables	No	No	Sí
Marco normativo	Inaplicabilidad de la normativa especial	Voluntad de las partes y Código civil	Voluntad de las partes, L.A.U. y Código civil	Decretos autonómicos, Derecho de consumo, Competencia desleal... [Exclusión expresa de la L.A.U., art. 5 e)]

Clasificación elaborada por el Autor del artículo

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADICAE (2014). “Realidad y posibilidades del consumo colaborativo”. Informe sobre la realidad y perspectivas en Andalucía.

ALFONSO SÁNCHEZ y BURILLO SANCHEZ (2017). “La llamada “economía colaborativa”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Alfonso Sánchez y Valero Torrijos (dirs.). Ed. Aranzadi

ANTON ANTON, A. y BILBAO ESTRADA, I. (2016). “El consumo colaborativo en la era digital: un nuevo reto para la fiscalidad”. Instituto de Estudios Fiscales

ARMENGOL I GASULL, O. y OLMOS CASTRO, N. (2017). “El transporte de la economía colaborativa en el transporte interurbano”, en La regulación de la economía colaborativa.

¹¹⁰ La diferencia jurídica entre ambas figuras la desarrollamos en EL AUTOR (2017c).

Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas. MONTERO PASCUAL (Dir.). Tirant lo Blanch

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1975). “ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 28, Fasc/Mes 3

BOTSMAN, R. (21 de noviembre de 2013). The Sharing Economy Lacks A Shared Definition. CO.EXIST. Recuperado de: <http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition#4>

EL AUTOR. (2019a). “El prosumidor en la mal llamada economía colaborativa: Una figura jurídicamente inviable”, en Responsabilidad Social Corporativa, economía colaborativa y cumplimiento normativo. De la Vega Justibró (dir.). Ed. Tirant lo Blanch

- (2018b). «La contratación electrónica: el auténtico desafío de la mal llamada - economía colaborativa-», en Derecho mercantil y tecnología. Blanco Sánchez y Madrid Parra (dirs.). Ed. Aranzadi

- (2017c). “Los arrendamientos vacacionales en la Ley de arrendamientos de 1994”. Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas. V. 22, N° 2. Accesible desde: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6677/pdf>

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (Dir.). Aranzadi

CEHAT. “Nivelando las reglas de juego. Documento sobre la denominada “Economía colaborativa o compartida”. (<http://www.cehat.com/frontend/cehat/Nivelando-Las-Reglas-De-Juego-vn7120-vst585>)

COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN (2016). Informe sobre economía colaborativa

COMISIÓN EUROPEA. (2016a). “Una agenda europea para la economía colaborativa” - Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones- {swd(2016) 184 final}. Bruselas, COM(2016) 356 final. (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/es/renditions/pdf>.)

- (2015b) “Mercado único digital: derribar barreras para aprovechar las oportunidades que ofrece internet”. Prioridades. (https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_es)

- (2015c). “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Europeo. {SWD(2015) 100 final} Bruselas, COM(2015) 192 final. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A52015DC0192>).

- (2015d). “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”. COM(2015) 614 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

- (2014e). “Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa”. SWD(2014) 206 final} {SWD(2014) 211 final}. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:50edd1fd-01ec-11e4-831f-01aa75ed71a1.0009.02/DOC_1&format=PDF; así como su ANEXO https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:50edd1fd-01ec-11e4-831f-01aa75ed71a1.0009.02/DOC_2&format=PDF

- (2010f). “EUROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. COM(2010) 2020 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (19 de agosto de 2016). «La economía colaborativa y la autorregulación», Dictamen exploratorio (2016/C 303/05). Apartado 4.8. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016AE0933>
- CONTRERAS DELGADO DE COS, J.M. (y otros). (2017). “La economía colaborativa en los sectores regulados (V)”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. R. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS, J. (Dir.). España, Aranzadi
- COSTA REYES, A. (2019). “Empleo y trabajo en las plataformas de turismo colaborativo”, en El régimen jurídico del turismo colaborativo. Humberto Gosálbez Pequeño (dir.). Ed. Bosch
- DE HARO, G. y CEREIJO, M. “Los límites de la economía colaborativa”, OBS Business School. 2016
- DE LA ENCARNACION VARCÁRCCEL, A. M. (2016). “El alojamiento colaborativo: Viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”. Revista REALA N.5, enero-junio
- DIAZ-FONCEA, MARCUELLO SERVOS y MONREAL GARRIDO. (2016). “Economía social y economía colaborativa”. Economía Industrial, nº 402
- DOMENECH PASCUAL, G. (2015). “La regulación de la economía colaborativa (El caso «Uber contra el taxi»”. Revista CEFLEGAL. Nº. 175-176
- ESCARTIN GONZALEZ (2003). Introducción a la economía. Sevilla. Ed. Digital
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2018). El alojamiento colaborativo. Tirant lo Blanch
- GANSKY, L. “La malla: el futuro de los negocios es compartir”. Ed. Penguin Books Ltd, Londres, 2010, publicado en español por GESTIÓN 2000
- GALLEGO PEREIRA, M. D. y otros. (2015). La Web 2.0: Una visión empresarial y Jurídica. Thomson Reuters Aranzadi
- GIL, J. (2018). “¿Cómo regular el hospedaje entre particulares? Criterios de regulación utilizando el caso de “AirBnB”, en La regulación del alojamiento colaborativo. DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCCEL, A. Mª (dir.), y BOIX PALOP, A. (coord.). Aranzadi
- GIRONA CASCALES, I. y PEREZ RIQUELME, A. (2017). “La economía colaborativa desde la perspectiva de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (dirs.), Aranzadi
- GONZALEZ, M. (10 de octubre de 2014). “BlaBlaCar en el laberinto legal: por qué Fomento va tras Uber y permite el compartir coche”. Xataka. (<http://www.xataka.com/aplicaciones/blablacar-en-el-laberinto-legal-por-que-fomento-va-tras-uber-y-permite-el-compartir-coche>).
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (2011). Diccionario jurídico. Ed. Dykinson, Madrid
- GONZÁLEZ CABRERA, I. (2019). “El turismo colaborativo: las múltiples actividades puestas al servicio del turismo y la dificultad de su encaje jurídico único”, en El régimen jurídico del turismo colaborativo. Humberto Gosálbez Pequeño (dir.). Ed. Bosch
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Mª. B. (2018). “Alojamiento y Viviendas de uso turístico”, en Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer
- GRAMUNT FOMBUENA, Mª. D. (2019). “Economía de plataforma y protección de los consumidores”, en Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales. Antonio Ortí Vallejo y Gemma Rubio Gimeno (dirs.). Aranzadi
- GRIMALDO GARCÍA, M. I. “El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (Dirs.), Aranzadi, 2017

- GUEVARA PLAZA, A. (2008). “La Web 2.0 y su aplicación al sector turístico Travel 2.0”. Bit, Nº. 170,
- JARNE MUÑOZ, P. (2019). “Economía colaborativa y plataformas digitales”. Ed. Reus, Madrid
- LUCAS DURÁN, M. (2017). “Problemática jurídica de la economía colaborativa: especial referencia a la fiscalidad de las plataformas”, Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X
- MARTÍNEZ–NADAL, A., y ROSSELLÓ RUBERT, F. M^a. (2018) “Auge del alquiler turístico vacacional y restricciones legales en España: un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia”. RESEARCHGATE: Conference Paper.
- MÉNDEZ PICAZO y CASTAÑO MARTÍNEZ. (2016). “Claves de la economía colaborativa y políticas públicas”. Economía Industrial, nº 402
- MIRANDA SERRANO, L. M^a. (2018). “La economía colaborativa desde la competencia desleal”, en Cuadernos de Derecho para ingenieros. Economía colaborativa. Escudero Gallego, R. y Martínez Garrido, S. (dirs.), ed. Wolters Kluwer
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2017). “La regulación de la economía colaborativa”, en La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas. MONTERO PASCUAL (Dir.). Tirant lo Blanch
- MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2017). “Economía colaborativa y consumidores”, en La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas. MONTERO PASCUAL (dir.), Tirant lo Blanch
- NAVARRO EGEA, M. (2017). “La economía colaborativa ante la Hacienda Pública”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (dirs.). Aranzadi
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo -Nota informativa sobre la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo-.
- http://www.skillsforemployment.org/edmsp1/idcplg?IdcService=GET_FILE&dID=359229&dDocName=EDMSP1_211625&allowInterrupt=1
- ORTIZ VIDAL, M^a. D. (2017). “La economía colaborativa en la Unión Europea: un fenómeno tan popular como controvertido”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (Dir.). Aranzadi
- OTERO COBOS, M^a. T. (2019). “El alojamiento turístico colaborativo: Régimen iusprivatista”, en El régimen jurídico del turismo colaborativo. Humberto Gosálbez Pequeño (dir.). Ed. Bosch
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N. (2016). “La web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: auge de los negocios de dudosa legalidad”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 17.
- PANIAGUA ZURERA, M y MIRANDA SERRANO, L. M. (2012). “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”, en Derecho (privado) de los consumidores. MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (coord.). Marcial Pons
- PARLAMENTO EUROPEO “El Mercado Único Digital Omnipresente”, en Fichas Técnicas sobre la Unión Europea. (http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.7.html)
- PORRAS SANCHEZ, A. (2010). Net...Qué?! Networking para todos. Edita: Centro de estudios financieros

- REYERO, I. (17 de febrero de 2016). “La Comunidad de Madrid impone a «BlaBlaCar» su primera sanción en Europa”. Abc. http://www.abc.es/espana/madrid/abci-comunidad-madrid-impone-blablacar-primera-sancion-europa-201610170020_noticia.html
- RIBES, X. La Web 2.0. (2009). “El valor de los metadatos y de la inteligencia colectiva”. Revista TELOS. Recuperado de: <https://telos.fundaciontelefonica.com/telos/articuloperspectiva.asp?idarticulo=2&rev=73.htm>
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a. G. “El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 765, 2018, p. 498 y 503
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M^a. (2019). “La intervención administrativa en el turismo colaborativo”, en El régimen jurídico del turismo colaborativo. Humberto Gosálbez Pequeño (dir.). Ed. Bosch
- RODRÍGUEZ FONT, M. (2018). “Avances en el proceso de regulación normativa del alojamiento “colaborativo” en Cataluña”, en La regulación del alojamiento colaborativo. DE LA ENCARNACIÓN VARCÁRCEL, A. M^a (dir.), y BOIX PALOP, A. (coord.). Aranzadi
- RUIZ MALBAREZ, M. C. y ROMERO GONZÁLEZ, Z. (2011). La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada. Revista Saber, ciencia y libertad, Vol. 6, N.º. 1, p. 127-138
- SANCHEZ HERNANDEZ, R. “Arbitraje como medio de resolución de conflictos en la economía colaborativa”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. ALFONSO SANCHEZ y VALERO TORRIJOS (dirs.), Aranzadi, 2017
- SELMA PENALVA, A. (2017). “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, ALFONSO SÁNCHEZ y VALERO TORRIJOS (dirs.), Aranzadi
- SLEE, T. (2016). “Lo tuyo es mío. Contra la economía colaborativa”. Ed. Taurus
- SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017). “Aspectos económicos de la economía colaborativa”, en La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blablacar, Uber y otras plataformas. J. J. MONTERO PASCUAL (Dir.). Tirant lo Blanch
- SOTO PINEDA, J. A. (2015). “Reflexiones acerca de las posibles incompatibilidades de la obsolescencia programada con el sistema de defensa de los consumidores”. Actualidad Civil, N.º 6
- TIME, (17 de marzo de 2011). “10 ideas que cambiarán el mundo”
http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521_2059717_2059710,00.html
- TODOLI SIGNES, A. (2017). El trabajo en la era de la economía colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores autónomos y los efectos de la reputación online en la economía de las plataformas virtuales. España: Tirant lo Blanch
- TORRES LÓPEZ, J. (2011). Introducción a la economía. Ediciones Pirámide
- TOFFLER (1980). La Tercera ola. Ed. Plaza & Games S.A. Bogotá, Colombia
- VALDALISCO J.M. y LÓPEZ S. (2007). Historia económica de la empresa. Segunda parte: La génesis de los mercados. Editorial Crítica, Barcelona.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). “El arrendamiento de temporada frente a las estancias turísticas en viviendas”. Revista Consultor inmobiliario, n.º. 107
- VIVAS-TESÓN, I. (2002). El contrato de comodato. Tirant lo Blanch
- WOLTERSKLUWERS:
<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAE>

AMtMSbF1jTAAAUNDUzNztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-
ckhlQaptWmJOcSoA6DNj_TUAAAA=WKE.

EL PULSO DE LA AGRICULTURA EN ESPAÑA ¿POR QUÉ SE ABANDONA EL TRABAJO AGRÍCOLA?

THE PULSE OF AGRICULTURE IN SPAIN WHY IS AGRICULTURAL WORK ABANDONED?

María Elena Nieto-Cabrera
Graduada en Relaciones Laborales

Azahara Calderón Laguna
Ingeniera Técnica Agrícola

Concepción Nieto-Morales
Profesora de Sociología
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Fecha de recepción: 11 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 23 de abril de 2020

RESUMEN: En este trabajo es parte de un estudio cualitativo realizado en las comarcas Hispalenses de la Vega del Guadalquivir y la Comarca Ecijana. Desde hace décadas las protestas de los agricultores son periódicas, debido al elevado coste de la modernización y tecnificación agrícola, los bajos precios de las cosechas, los ínfimos ingresos de las explotaciones agrícolas, etc. cuestiones que llevan a los jóvenes a buscar otro tipo de trabajo, abandonando la agricultura. Tomar el pulso a la agricultura es una obligación y un deber en un momento en que el sector atraviesa uno de los peores momentos en todos los ámbitos, desde la producción, precios, cadena de distribución, precios al consumidor, etc. Existen numerosas estadísticas de todo tipo, pero tomar el pulso a los agricultores mediante el análisis del discurso es de gran importancia, aunque podrían existir diversos discursos dependiendo de la ubicación geográfica de las tierras cultivadas donde influye el clima, vegetación, el tipo y composición de la tierra, etc., y es el mismo discurso en la mayor parte desde la cadena de distribución, precios de compra al agricultor, precios de venta al consumidor en relación con el precio obtenido por los agricultores, etc. El análisis del discurso de los agricultores es muy importante, dado que se pone de manifiesto desde los problemas en la producción, la cadena de distribución, precios en origen y precios que debe pagar el consumidor, posibles soluciones de los problemas, etc.

ABSTRACT: In this work it is part of a qualitative study carried out in the Hispanic regions of the Vega del Guadalquivir and the Ecijana region. For decades, protests by farmers have been periodic, due to the high cost of modernization and modernization of agriculture, the low prices of crops, the meager income from agricultural holdings, etc. issues that lead young people to seek other types of work, abandoning agriculture. Taking the pulse of agriculture is an obligation and a duty at a time when the sector is going through one of the worst moments in all areas, from production, prices, distribution chain, consumer prices, etc. There are numerous statistics of all kinds, but taking the pulse of farmers through discourse analysis is of great importance, although there could be various discourses depending on the geographical location of the cultivated lands where the climate, vegetation, the type and composition of the crops influence. land, etc., and it is the same discourse throughout most of the distribution chain, farmer purchase prices, consumer sales prices in relation to the price obtained by farmers, etc. The analysis of the farmers' discourse is very important, since it is revealed from the problems in production, the distribution chain, prices at origin and prices that the consumer must pay, possible solutions to the problems, etc.

PALABRAS CLAVE: agricultura; trabajo agrícola; agricultores

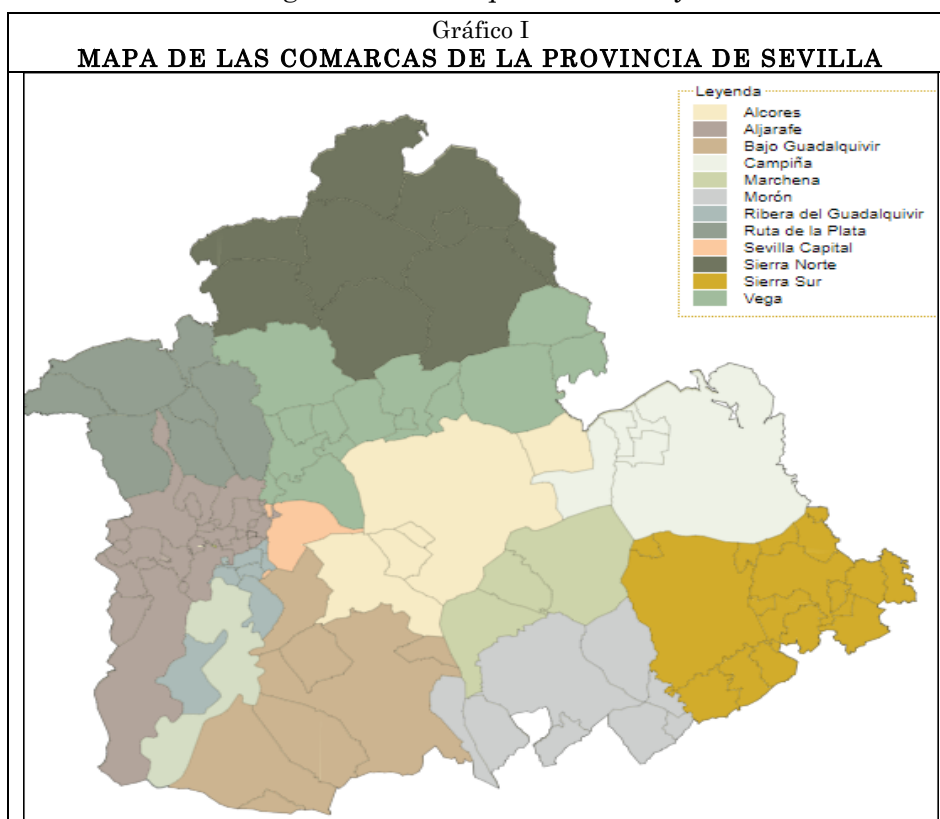
KEYWORDS: agriculture; work abandoned; farmers

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRAYECTORIA DEL SECTOR PRIVADO 3. LA AGRICULTURA INTENSIVA VERSUS AGRICULTURA EXTENSIVA. 4. EL TAMAÑO DE LAS EXPLOTACIONES EN LA PRODUCCIÓN Y LOS CULTIVOS 5. METODOLOGÍA. 6. ANÁLISIS Y LECTURA DE RESULTADO. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN. 8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN.

La Comarca¹ Hispalense de la Vega del Guadalquivir se encuentra formada por los once pueblos limítrofes siguientes: Alcalá del Río, Alcolea del Río, Brenes, Burguillos, La Algaba, Lora del Río, Peñaflor, Tocina, Villanueva del Río y Minas, Villaverde del Río. La comarca limita al Este con la Provincia de Córdoba, al Sur con la Campiña Carmonense y al norte y oeste con la Sierra Norte de Sevilla. Esta Comarca tiene una extensión total de 1524,2 Km², representando el 10% de la provincia Hispalense; con una Población total de en el año 2019 de 152.496 Personas; con una renta neta media según la declaración IRPF del año 2017 de 13.626.84 €. En el año 2019, existían en la Comarca 144 Industrias agrarias, 60.898 has, de superficie de cultivos herbáceos, 95.891 has de cultivos leñosos. Los trabajadores eventuales agrarios 4.219, correspondiendo 924 hombre y 3.295 mujeres, en el año 2019 (Diputación Sevilla, 2020)².

En el grafico I se refleja el Mapa de las comarcas de la provincia de Sevilla, donde la comarca de la Vega del Guadalquivir se refleja en color verde claro.



¹ El mapa de comarcas andaluzas se aprobó por Orden de 14 de Marzo de 2003, por la que se aprueba el mapa de comarcas de Andalucía a efectos de la planificación de la oferta turística y deportiva <https://web.archive.org/web/20081230071759/http://www.derechodeportivo.org/legislacion/orden%20comarcas.pdf>

² <http://portalestadistico.dipusevilla.es/portalestadistico/estadisticas/>

Fuente: Portal Estadística de la Provincia de Sevilla³
<http://portalestadistico.dipusevilla.es/portalestadistico/provinciacomarcaacomarca/>

La Comarca de la Vega del Guadalquivir es muy productiva agrícolamente, tiene tierras muy fértiles regadas por el río Guadalquivir que las enriquece con su caudal hídrico.

En la medida que la sociedad ha ido avanzando, las empresas, los trabajos y formas de producción han cambiado y mejorado, además de que ciertos trabajos no solo se denostan, también se van abandonando por los jóvenes que se incorporan al mercado laboral, provocando un envejecimiento del sector agrícola español.

La agricultura, junto a la ganadería, ha sido históricamente un sector con gran peso en todos los niveles desde el Producto Interior Bruto (PIB), empleo, economía, etc. aunque progresivamente ha ido perdiendo peso llegando a ser un sector denostado. La pérdida progresiva de peso específico de la agricultura se refleja en todas las estadísticas en España, Unión Europea (UE) y mundiales.

La Política Agrícola Común (PAC), que se fraguó en Europa en el año 1962 como asociación entre la agricultura y la sociedad con el objetivo de mantener la economía rural e impulsar la agricultura, sectores asociados e industrias agroalimenticias.

Los progresos tecnológicos, que han sido paulatinos y paralelos a los avances sociales, permiten producir más y con menor esfuerzo, lo que no siempre se traduce en mayor rentabilidad para los agricultores, siendo una cuestión de importantes quejas que todos los agricultores plantean.

En la agricultura, no solo es importante la producción, tecnificación, etc., también tiene un gran valor el medio ambiente, cuidar la ruralidad, mantener a la población arraigada en el medio rural evitando el abandono de los pueblos, etc.

Por otra parte, también es de gran importancia en la agricultura, el análisis de mercado, las asociaciones de agricultores que permitirá defender y mejorar la venta de los productos agrícolas, la transformación de los productos, etc.

La formación de los agricultores y de los jornaleros suele ser baja respecto a otros sectores, debido mayoritariamente a que continúan con la tradición y herencia familiar y en parte pensando que es algo que se aprende con la práctica; y por parte de los jornaleros debido en muchos casos al fracaso escolar que han arrastrado en la escuela, no se valora por parte de la familia y que les han transmitido la educación y formación académica, convirtiéndose en un grupo de trabajadores vulnerables, que si disminuye el trabajo jornalero, tienen escasas posibilidades de trabajar en otros sectores debido a la baja cualificación profesional y que tampoco tienen perspectivas de formarse para cambiar de trabajo.

Por otra parte, es importante que exista mano de obra para trabajos agrícolas, aunque habría que considerar la mejora de las condiciones laborales y el cambio de mentalidad de los jornaleros respecto al trabajo que realizan. Para los empresarios agrícolas cada vez es más complicado encontrar mano de obra para recoger las cosechas, y en muchísimas ocasiones, se recurre a mano de obra extranjera. Por lo general, los sueldos son bajos, debido a que la baja

³<http://portalestadistico.dipusevilla.es/portalestadistico/provinciacomarcaacomarca/index.html>

rentabilidad del cultivo no permite pagar más, lo que, unido a la dureza del trabajo, hace que el trabajo agrícola sea la última opción para cualquier trabajador. También influye la baja cualificación del trabajador agrícola; las nuevas plantaciones más tecnificadas requieren de mano de obra cualificada para manejo de maquinaria, riego, poda, etc.

Existen tres organizaciones agrarias mayoritarias en España, que defienden los derechos de los agricultores, son independientes y reivindicativas. Pero son muchos los agricultores que opinan que estas organizaciones no los representan, que no conocen la realidad del sector, ni las dificultades a las que se enfrentan en el día a día.

No se entendería, ni se puede perder de vista, que la agricultura es un sector primario y esencial, como se ha puesto de manifiesto durante la crisis sanitaria del Covid-19: si no existiera la agricultura, por tanto, no se producen alimentos, y hay que preguntarse ¿Cómo repercutiría en la alimentación? ¿habría que volver a la recolección?, etc.

No se debe dejar este sector en manos de terceras personas, ni depender exclusivamente de la exportación de productos procedentes de terceros países para alimentar a la población. En ocasiones, los mercados españoles se inundan de productos extranjeros, de menor coste que los españoles. Pero ¿garantizan estos productos la trazabilidad y la seguridad alimentaria? Los cultivos de la Unión Europea están sometidos a estrictas normas de uso de productos fitosanitarios, para garantizar un alimento seguro, sin residuos que perjudiquen la salud del consumidor. La Unión Europea prohíbe el cultivo transgénico, a excepción del maíz⁴. Sin embargo, se importan productos transgénicos de otros países, como pueden ser la soja y el maíz, empleados en elaborar pienso animal. Esto supone un agravio comparativo frente a los cultivos que se producen en España, que disponen de menos recursos para producir, frente a terceros países que carecen de dichas restricciones en cuanto al uso de productos fitosanitarios y cultivos transgénicos⁵ (Vives Vallés, 2016).

En definitiva, la agricultura no sólo proporciona alimentos y desempeña un papel fundamental en la economía, también es una oportunidad de empleo y facilita alimentación al sector ganadero, y mantiene la vida el medio rural.

2. LA TRAYECTORIA DEL SECTOR PRIMARIO

El El trabajo de la tierra es tan antiguo como la vida misma, los primeros pobladores fueron cazadores recolectores y a medida que la civilización progresa dejan de ser nómadas y se producen los asentamientos especialmente cercanos a cauces de agua.

La agricultura en la antigüedad forjó un gran impacto debido a que se creaba suficientes alimentos para alimentar y cubrir las necesidades de las personas a raíz de la generación de los asentamientos.

⁴ https://op.europa.eu/es/search-results?p_p_id=eu_europa_publications_portlet_search_executor_SearchExecutorPortlet_INSTANCE_q8EzsBteHybf&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&queryText=transgenicos&facet.studies=&facet.language=SPA&facet.eurovoc.domain=60%2C10%2C56&facet.collection=EULex%2CEUPub%2CEUDir%2CEUWebPage%2CEUSummariesOfLegislation&language=es&startRow=1&resultsPerPage=10&selectedSubjectId=60&elementType=0&keywordOptions=ALL&SEARCH_TYPE=ADVANCEDhttps://agriculturers.com/conoce-los-nuevos-transgenicos-autorizados-en-la-ue/

⁵ https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-05-20/cultivos-transgenicos-maiz-bt-union-europea_1202961/

En la Edad Media, la sociedad es fundamentalmente agraria; surgieron grandes innovaciones en la agricultura especialmente en el modo de producción y tecnología; aunque tuvo gran poder la ganadería (Carmona Ruiz, 2017).

La Edad moderna transformó considerablemente la sociedad a pesar de que casi toda la población eran campesinos con una agricultura todavía de subsistencia y extensiva con baja productividad; fue una época de gran aumento de la superficie de los terrenos de cultivo. El descubrimiento de América produjo un intercambio de cultivos; llegaron a España maíz, patatas, tomates, pimientos, tabaco (Brenner, 2019).

Los conocimientos agrícolas heredados a través de la historia proporcionan experiencia de gran importancia, dado que a través de los siglos se han desarrollado técnicas agrícolas sobre aprovechamiento del suelo, identificación de plantas, técnicas de policultivo, materiales orgánicos que permiten mejorar la producción, etc.

Los cambios políticos y sociales del siglo XIX desencadenaron cambios en el campo español. En el S. XIX, la agricultura continúa siendo la principal actividad económica generando la mitad de la renta nacional y las principales exportaciones eran de productos agrícolas. La desamortización expropió tierras municipales y de la iglesia mediante subasta, aunque se desaprovechó y no se ha realizado una verdadera reforma agraria y se considera que se incrementaron los latifundios, dado que se adquieren las tierras por compradores con capital. La agricultura a pesar de los avances aún tenía bajo rendimiento y predominaban los cultivos de cereal, vid, olivo, aunque se incrementó el sector hortofrutícola. No se aumenta la producción con la desamortización; ni se produjo desarrollo industrial (Montagut Contreras, 1999).

En la segunda mitad del siglo XX, la agricultura española ha tenido profundas transformaciones estructurales, se arrastraba una crisis del modelo de producción rural. Los minifundios tienen dificultades de supervivencia, lo que propicia cambios y trasvase de mano de obra agrícola a mercado de trabajos urbanos (Abad Balboa, García Delgado, Muñoz Ciudad, 1994).

El sector primario, formado por la agricultura y ganadería, durante muchos siglos ha sido fundamental para el crecimiento del sector económico.

Los avances desde sociales, mecánicos, tecnológicos, hídricos, fitosanitarios⁶, etc., en definitiva, innovaciones que permitieron pasar de una agricultura de subsistencia⁷ a una comercial⁸, aunque existen otras clasificaciones de la agricultura, por ejemplo, según su rendimiento como puede ser agricultura intensiva⁹ y agricultura extensiva¹⁰.

Ya se ha dicho antes que la agricultura subsiste desde los comienzos de la humanidad, aunque hay que preguntarse, ¿Qué es la agricultura?, considerando que es el conjunto de conocimientos, técnicas y operaciones para

⁶ Sustancias destinadas a prevenir o destruir animales o vegetales perjudiciales para la salud, como, por ejemplo: insecticidas, fungicidas, desecantes, defoliantes, fitoreguladores, etc.

⁷ La tierra cultivada produce únicamente lo suficiente para el consumo de alimentos para mantener el núcleo familiar que la trabaja a diario, produce precariedad económica y pobreza.

⁸ Comercial o de mercado, empleando una metodología y contribuyendo a obtener rendimiento orientando la producción agrícola a la venta en el mercado nacional e internacional.

⁹ Intensiva: emplea técnica maximizando la producción y productividad.

¹⁰ Extensiva: se ocupa más del medio ambiente y es de menor rentabilidad que la agricultura intensiva.

trabajar y cultivar la tierra y producir alimentos: cereales, frutales, verduras, hortalizas, etc.

Al igual que en otras profesiones y otros ámbitos, con el transcurso del tiempo se trata de cambiar el vocabulario y referente a la persona que trabaja la tierra se le conocía por “labrador¹¹” de la tierra debido a que las labores agrícolas mayoritariamente se realizaban a mano, y actualmente las labores se han sustituido y el trabajo de la tierra ha evolucionado al tiempo que se avanza socialmente y quien labra la tierra con herramientas y maquinarias se le denomina agricultor.

3. LA AGRICULTURA INTENSIVA VERSUS AGRICULTURA EXTENSIVA

Durante siglos la agricultura no utilizaba fertilizantes, insecticidas, pesticidas, etc. Los avances tecnológicos establecieron un cambio profundo en el cultivo de la tierra generando una agricultura intensiva, que aprovecha al máximo los recursos naturales desde el suelo, agua, energía, fertilizantes, semillas, etc. que ha desencadenado y multiplicado el rendimiento de la tierra. En definitiva, genera un método de producción agrícola intensivo que se basa en maximizar la producción, que comienza con preparación de la tierra, siembra, desarrollo del cultivo, recolección, etc. y de forma muy extrema, se puede producir un cultivo sin suelo, es decir, cultivo hidropónico, donde el cultivo se establece sobre un medio inerte y recibe los nutrientes en el agua de riego, por ejemplo, el cultivo de la fresa.

La agricultura busca, al igual que cualquier empresa, maximizar su rendimiento e ingresos, que se obtienen a través de mecanizar las labores agrícolas, combatiendo las plagas en los cultivos y a través de utilizar fertilizantes, agroquímicos, etc. aunque algunas prácticas cuando se comienzan a utilizar se desconocen los efectos negativos que pudieran tener. Es por ello que cada vez se realizan más controles que garanticen la trazabilidad del producto desde el origen y la seguridad alimentaria.

Durante el siglo XX, la mejora en la mecanización, conocimientos y los avances en las labores desencadenan una mejora muy importante en la producción además de facilitar las labores agrícolas. A medida que los avances se van desarrollando también se van estudiando y conociendo efectos que pueden producir la utilización de fitosanitarios¹², transgénicos¹³ para la persona y también para el medio ambiente que podría alterar de alguna forma la vida de la persona, la tierra, factores hidrológicos, etc.

En el primer tercio del siglo XX, surgió la corriente con preocupación sobre el medio ambiente, confrontada con las economías industriales. La agricultura extensiva, presenta un rendimiento relativamente bajo y también ingresos bajos, podrá tener reconocimiento y certificación ecológica cuando no se utilizan productos químicos, conservando la agricultura un alto índice de naturalidad.

Dado que el rendimiento en la agricultura ecológica es menor que en la agricultura intensiva existen corrientes que demandan intensificar la ecología

¹¹ Cuyo patrón es San Isidro Labrador que celebra su festividad el 15 de Mayo.

¹² Herbicidas, fungidas e insecticidas que, según la Organización Mundial de la Salud, son sustancias para combatir plagas, enfermedades, que en algunas ocasiones podrían ser perjudiciales para la salud.

¹³ Los transgénicos son organismos modificados mediante ingeniería genética en los que se han introducido uno o varios genes de otras especies, que les confiere resistencia a plagas y/o herbicidas.

para lograr mayor producción preservando el medio ambiente lo que conlleva utilizar fórmulas de “intensificación ecológica” y “agricultura ecológicamente intensiva”, aunque la intensificación ecológica se enfrenta a cambiar el medio en que se basó el aumento de la producción en el siglo XX, se trata de favorecer las interacciones entre mayor disponibilidad de recursos y mantener el medio ambiente (Affholder, Parrot, Jagoret, 2016).

Desde la Unión Europea (UE) se aboga por medidas para reducir erosiones del suelo, pérdidas nutrientes, restringir ciertos tipos de cultivos, disminuir la contaminación, etc. (Somoza Medina, 2014).

Las diferentes corrientes de los agricultores se basan en la productividad y sostenimiento de la empresa, aunque no se puede olvidar los efectos negativos que ciertas prácticas producen en la población y en el medio ambiente.

En definitiva, hay que conjugar productividad y cuidado del medio ambiente, y al igual que en el siglo XX se ha avanzado debido a la mecanización y utilización de productos, se deben buscar soluciones para mejorar la productividad y que no se dañe el medio ambiente.

4. EL TAMAÑO DE LAS EXPLOTACIONES EN LA PRODUCCIÓN Y LOS CULTIVOS

Los cambios en las empresas en general y en la agricultura en particular en el último medio siglo han sido abismales al tiempo que ha cambiado la sociedad y estos cambios por una parte han beneficiado y mejorado la vida del agricultor, aunque también ha situado a otras empresas, especialmente las más pequeñas en el ojo del huracán para su desaparición, lo que puede abocar a más paro y empeorar las condiciones de vida de familias que posiblemente se verán empobrecidas sin ningún tipo de alternativas laborales ni económicas.

Hace medio siglo una familia vivía desahogadamente si la climatología y otros factores que pueden afectar a la labranza no eran adversos, con una pequeña explotación agrícola en propiedad y/o mayor explotación si la tierra se cultivaba en aparcería o arrendamiento, los avances tecnológicos y las mejoras de la producción le deberían de permitir vivir en la actualidad mejor, aunque esto en la práctica no es así, y los pequeños agricultores en la actualidad se encuentran abocados a su desaparición.

El tamaño de la explotación no solo condiciona el trabajo e ingresos también se traduce en una amenaza de supervivencia, entre otras cuestiones debido generalmente, a que la formación de los agricultores es baja debido a que en muchos casos sus perspectivas ya eran el trabajo en el campo y no se ha dado importancia a la formación, aunque no en todos los casos sea de esta forma debido a que muchas familias sí que ponían el acento en que los hijos estudiaran y se formaran con una perspectiva alternativa y diferente al trabajo agrícola, dado que consideraban que el trabajo agrícola es muy sacrificado y querían que sus hijos no tuvieran que vivir la inestabilidad meteorológica, ni estar todo el ciclo productivo agrícola trabajando para que al final el producto no tuviera un precio que permitiera no solo cubrir los gastos de producción y mano de obra, sino que permitiera al agricultor vivir dignamente, es decir, desean para sus hijos una estabilidad personal y laboral que consideran que no permite el trabajo agrícola.

Por otra parte, hay que tener presente que los agricultores son personas emprendedoras, curtidas en el trabajo duro y en riesgos de producción, además con otras muchas circunstancias de inestabilidad que condicionan no solo su trabajo, sino también sus vidas.

Desde hace unas décadas los tipos de cultivo y la aparición de nuevos nichos de cultivo ha transformado gran parte de la producción agrícola, en parte por los cambios en el consumo y en parte por las salidas de producción de las explotaciones, que hacen que algunos cultivos se encuentren abocados a precios que no cubren costes.

Las explotaciones agrícolas pequeñas, limita poder negociar productos para exportación y se destina a mercados locales. Aunque una buena solución es la asociación en cooperativas con buena gestión, trabajo por competencias, implicación de los cooperativistas en la vida de la cooperativa, reducción de costes, etc.

Si en los años 50 del pasado siglo XX los cultivos de la Vega del Guadalquivir eran el pimiento, tabaco, remolacha azucarera, con fábricas y una extensa empleabilidad de mano de obra jornalera, de esto no queda nada.

En la Vega del Guadalquivir, la extensión de tierras cultivadas son mayoritariamente de regadío que se diseñó en la década de los años 50 a 70 del siglo XX, siendo tierras de labor muy productivas y con agricultores muy implicados con grades conocimientos y experiencia profesional.

La transformación de las tierras de secano a regadío supuso una gran revolución para estas comarcas sevillanas. El sector agrícola pasó de estar dominado por un reducido número de cultivos (cereal, girasol, etc.) a una amplia variedad de cultivos: algodón, cítricos, hortalizas, etc., que son cultivos mucho más rentables y necesitan mayor empleo de mano de obra. Se forman las Cooperativas de Regantes, compuestas por los agricultores de cada zona, y que sufragan en parte las infraestructuras de riego.

Los cultivos actuales en la Comarca de la Vega son el cereal, olivar, cítricos, hace unos años existían grandes extensiones de espárragos, algodón, etc.

El algodón, conocido como el oro blanco, es un cultivo tradicional que ha sufrido una de las mayores transformaciones y que su trayectoria puede servir de ejemplo en los cambios acontecidos en la agricultura. El algodón es un cultivo de un marcado carácter social, es por ello que tiene una ayuda específica procedente del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), destinada a mantener los niveles de producción¹⁴.

Los cambios producidos desde la década de los años 60 del siglo XX introdujeron en las labores agrícolas el laboreo con tractores que hasta aquel momento se había realizado con animales como los bueyes y los mulos. Estos avances permitieron poder desarrollar el cultivo y laboreo de mayor cantidad de tierras por agricultores y obtener más productividad y mejores ingresos.

¹⁴<https://www.boe.es/eli/es/rd/2014/12/19/1075/con>

5. METODOLOGÍA.

En este trabajo se ha utilizado una metodología cualitativa y el análisis de diferentes fuentes secundarias, analizando las circunstancias de la agricultura de la comarca Hispalense de la Vega del Guadalquivir.

Se trata de un trabajo científico y el estudio se divide en diversas fases:

Fase de estudio y análisis bibliográfico de la agricultura enmarcada en la Comarca de la Vega estudiando todos los aspectos de la agricultura que pueden interesar a los agricultores tratando los temas de forma sencilla y comprensible para cualquier tipo y nivel profesional. Se efectúa un estudio de la ubicación geográfica donde se realiza el estudio.

Fase de trabajo de campo, se realiza un grupo de discusión en la comarca de la Vega del Guadalquivir.

Fase transcripción y codificación de los datos del grupo de discusión.

Fase de análisis e interpretación de los datos, diferenciando los datos directos e indirectos, influencias, fuentes directas e indirectas y las propias reflexiones y críticas con contrastaciones de datos y situaciones.

La preparación del trabajo de campo incluyó la formulación de preguntas poniendo el énfasis en los objetivos marcados, se planifica el desarrollo secuenciando, contenido y formulación de dichas preguntas. Antes de realizar el grupo de discusión se informa de que va a ser grabado pidiendo permiso para ello e informando respecto del anonimato y confidencialidad y el objetivo del estudio.

Finalmente se analiza el discurso y tras el análisis del discurso se obtienen y analizan la lectura de resultados y las conclusiones.

La implicación personal de los investigadores se enmarca en el compromiso de la realización de un trabajo científico de análisis de una realidad social compleja que escucha poco a las personas que trabajan la realidad de la agricultura en España.

6. ANÁLISIS Y LECTURA DE RESULTADO

La agricultura es una de las actividades importante para la seguridad en la alimentación, y como sector de empleo en el medio rural, a pesar de la crisis en suministros de productos agrícolas y los precios que se pagan en origen al agricultor y que tras la cadena de distribución se dispara el precio para los consumidores.

Como se ha dicho antes, este trabajo es un estudio de casos en la Comarca de la Vega del Guadalquivir, donde se ha elegido como estudio de casos, uno de los once pueblos que la componen. Se trata de la localidad de Lora del Río, que fue y aun es una población eminentemente agrícola

La edad media de los agricultores en general es elevada y el relevo generacional es complicado en parte por el desprestigio del sector, los bajos ingresos y las escasas perspectivas de cambios futuros del sector agrícola, de ingresos, inestabilidad laboral, etc.

En el grupo de discusión realizado en el pueblo de Lora del Río, que es uno de los once pueblos que perteneciente a la comarca Sevillana de la Vega del Guadalquivir, la edad media de los agricultores es de 59 años, existiendo bastantes agricultores que continúan trabajando tras la edad de jubilación porque no existe relevo generacional, los hijos se dedican a otras actividades.

Encontrar la edad media de los agricultores tanto andaluces, sevillanos, de la comarca de la Vega a través del Instituto de estadística de Andalucía, Diputación de Sevilla, Ministerio de Agricultura, Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía y del Ayuntamiento de Lora del Río ha sido misión imposible, es decir, que saber la edad ni la edad media de los agricultores y jornaleros, tampoco la diversificación de la edad por sexos que trabajan en agricultura a nivel nacional, por CCAA ni provincias.

En el Instituto¹⁵ de Estadística y Cartografía de Andalucía. Consejería de Economía, conocimiento, empresa y universidad, en el Anuario estadístico de Andalucía en relación a agricultura refleja información respecto a número de explotaciones, superficies agrícolas, tamaño de explotaciones, distribución de las tierras según aprovechamiento, superficie dedicada a cultivos regadíos, etc. aunque en relación a los recursos humanos respecto a la agricultura existe escasa información.

Respecto a la formación académica de los agricultores tampoco existen datos estadísticos, aunque de las personas que forman el grupo de discusión se desprende que hay agricultores con formación universitaria agrícola, también de otras especialidades, estudios medios y otros que no estudiaron porque no les gustaba estudiar y se vieron abocados al trabajo agrícola, no obstante todos los que conforman el grupo de discusión manifiestan que la agricultura es su pasión, aunque ellos han fomentado que los hijos realizaran estudios universitarios y solo si era su deseo tras finalizar los estudios se dedicaran a la agricultura. Todos los agricultores que han participado en el grupo de discusión coinciden en considerar que los jóvenes deben de estudiar.

El comienzo en la actividad agrícola es similar en los miembros del grupo de discusión:

“No procedo de familia agricultora, estudie ingeniería agrícola porque me gustaba el aire libre, la naturaleza de esta profesión lo que más me gusta es revisar las cosechas, las plagas la enfermedad, la solución, etc. (Ingeniero agrícola).

“Era tractorista-maquinista, comencé arrendando dos fanegas de tierra para ayudarme al sueldo, estaba casado y tenía hijos ...(..)... Trabajaba al jornal y realizaba las labores de la tierra que arrendé de noche y casi no dormía para poder trabajar y labrar la tierra arrendada, me prestaba el tractor el jefe. Trabajaba dos días y una noche y dormía una noche(..)...Después arrende 11 fanegas, más tarde 23 fanegas en renta, llegando hasta 80 aproximadamente, desde la jubilación solo cultivo las tierras en propiedad que compre” (Agricultor 1).

“No me gustaban los estudios, y mis padres y otros miembros de la familia eran labradores comencé a trabajar en el campo y cuando pude empezar a

¹⁵www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/badea/informe/anual?CodOper=b3_6&idNode=6049

arrendar tierras comenzó a labrar(....).... Me presente a un cargo electo de la cooperativa y representa a nivel nacional a varias cooperativas” (Agricultor 2).

“Cuando era pequeño y mi padre regaba, entraban los peces en los surcos del riego de los pimientos y yo jugaba con los peces(....)..... desde adolescente trabajaba con mi padre en el campo, nací en el pueblo y me crié en el campo en un chozo, tenía las manos destrozadas de trabajar(....).... Antes el labrador trabajaba de sol a sol(....)....Estudie una carrera universitaria y en mi actividad principal me he dedicado a la educación, me jubilé hace unos meses de la actividad principal. Sigo cultivando las tierras que eran de mis padres, a pesar de ser funcionario siempre he compatibilizado el cultivo agrícola con mi actividad principal” (Agricultor 3).

“Soy agricultor desde que finalicé el bachillerato en un colegio interno. Siempre me ha gustado el campo con locura, cuando tenía vacaciones escolares disfrutaba en el campo. al terminar el bachillerato opté por no seguir estudiando y comencé a trabajar en el campo a jornal y después de dos años de trabajar a jornal, un vecino mayor, tenía una parcela y sin consultar con nadie le pregunté si me la arrendaría a lo que el hombre accedió y pasaron varios días sin saber cómo pedirle a mi padre que me prestara el dinero que necesitaba para la renta, cuando me decidí, le pedí el dinero a mi padre, pero no me respondió ni si ni no; hasta unos días después accediendo. Lo pase mal porque no sabía cómo le iba a pedir a mi padre las 200.000 pts de la renta, también le pedí que me prestara también el tractor y los aperos” (Agricultor 4).

Los comienzos en el trabajo agrícola que han relatado los agricultores, ponen de relieve el emprendimiento de este colectivo, comenzando de cero, para realizar un trabajo al aire libre, por cuenta propia, con infinidad de inestabilidad, grandes riesgos, una cadena de distribución complicada, y cada vez con mayores complicaciones.

En el cuadro I referente al paro agrícola registrado en el mes de Mayo de 2020, donde se puede ver como la diferenciación entre los sexos y comparar el desempleo agrícola con el desempleo general. Existen más hombres parados que mujeres en todas las edades tanto en el ámbito agrícola como a nivel de desempleo en general.

Cuadro I					
ANDALUCÍA					
Paro registrado agrícola: Mayo 2020					
	Tota	<	25	30 a	=

		l, edad	25 años	a 29 años	44 años	>45 años
	HOMBRE		413.530	43.203	48.725	133.503
	MUJER		555.557	42.803	63.237	200.927
TOTAL SECTORES	AMBOS SEXOS		969.087	86.006	111.962	334.430
	HOMBRE		43.513	5.177	5.075	13.854
	MUJER		31.036	2.367	3.484	11.446
AGRICULTURA	AMBOS SEXOS		74.549	7.544	8.559	25.300
	HOMBRE		33.211	2.024	3.389	11.359
	MUJER		26.204	1.014	2.045	9.313

Fuente: Datos Dipusevilla agricultura, 2020

<http://portalestadistico.dipusevilla.es/portalestadistico/estadisticas/agricultura/paroycontratacionesagricolas/>

La agricultura a la par que la sociedad ha evolucionado y tecnificado el trabajo de la tierra, antes se labraba la tierra con mulos, en los años 60 del siglo XX fue cuando se compraron los primeros tractores y se fue tecnificando de forma progresiva las labores de cultivo de la tierra.

Los cultivos actuales poco tienen que ver con los de hace unos lustros. En la Vega del Guadalquivir hay siembras que se han dejado de cultivar debido a la escasa rentabilidad e insostenibilidad económica y otros que cada vez se cultivan menos como el girasol, maíz, etc. en la última década ha cambiado el mapa de los cultivos. Se siembra todavía maíz, trigo, girasol, algodón, otros agricultores arriesgan más sembrando cítricos, cebollas, pimientos, tomates, etc, no se puede descartar que se cambie a otros cultivos.

“La agricultura de los que se ve actualmente a lo que han vivido hace unas décadas por las personas mayores de hoy es prehistoria, arando con mulos, dar regabina, etc. y actualmente las labores agrícolas con aire acondicionado se necesita una labor grande para poder mantener todas estas cosas porque una sola parcela no se mantiene, antes los labradores tenían pequeñas parcelas” (Agricultor 1).

“Aunque vivía una familia con la producción de una parcela pequeña que podría ser de 5 fanegas o aproximadamente dos hectáreas y actualmente necesitas al menos 60 fanegas, es decir unas 30 has. y depende de lo que siembres, porque si se siembra cereales es complicado subsistir económicamente” (Agricultor 2).

“Cuesta incluso mantener la propiedad debido al coste de producción, impuestos de todo tipo, coste del agua, etc.” (Agricultor 3).

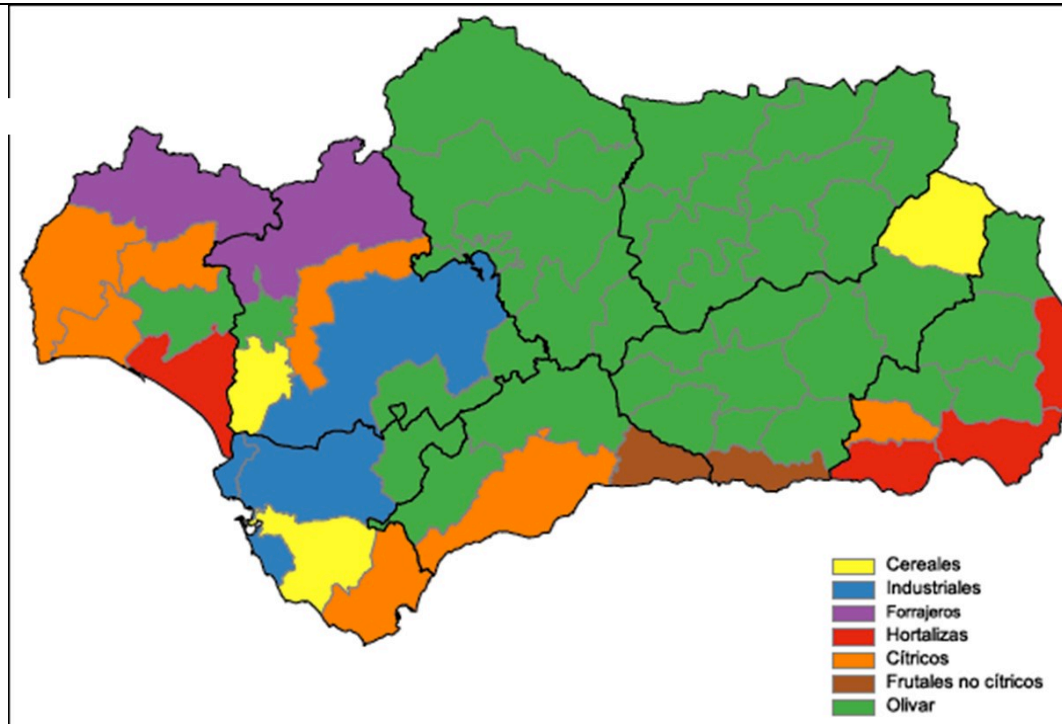
Todos los participantes del grupo de discusión son socios de cooperativas agrícolas, algunos pertenecen actualmente y/o han desempeñado cargos en la junta directiva de cooperativas.

La producción agrícola no solo lucha con la climatología, la cadena de producción, también en la cadena de distribución, por lo que es sabido por los agricultores que unidos obtendrán más beneficios y aun así es complicado mantener una económica rentable de la agricultura.

El gráfico II representa el tipo de cultivo en regadío más representativo según la superficie de cada comarca.

Gráfico II

TIPO DE CULTIVO EN REGADÍO MAS REPRESENTATIVO SEGÚN LA SUPERFICIE DE CADA COMARCA



Fuente: INE. Instituto de estadística y Cartografía de Andalucía. Censo Agrario 2009

Los riegos, que antiguamente eran con tornas, canteros y azada, han evolucionado mucho, pero también se ha perdido mucho en todos los aspectos del trabajo que realiza el agricultor y en las formas. Antes no hacía falta ni un experto, ni un administrativo, el agricultor lo que tenía era que criar buenas cosechas, y aun con poca tierra si las cosechas eran buenas ahorrraba e invertía los beneficios, siempre dejaba beneficios el producto, hoy día se cultiva y se pierde económicamente porque la cadena de distribución y el mercado no valora la producción y existen importaciones con menor calidad que se distribuyen como productos nacionales siendo productos procedentes de terceros países.

Actualmente se necesita un administrativo, un técnico, un asesor fiscal para las declaraciones de hacienda, y un perito agrícola para que te diga los

productos que tienes que utilizar, antiguamente se utilizaban insecticidas peligrosos¹⁶ y no existían medidas de protección y nunca pasaba nada, ahora con múltiples medidas de protección existen más accidentes que antes.

“En la agricultura no hay fiestas, no tienes tiempo cuando está el trabajo a tope, y no se está pendiente nada más que de la providencia (llueve, no llueve, que si hace frio, que si hace calor que si va a valer la cosecha, que si va a tener precio, que si te pagan, que si no la pagan, etc.” (Agricultor 1,2,3,4)

Es una opinión generalizada que el campo desde que comenzó a estar subvencionado es una ruina para el agricultor y la renta de los agricultores ha empeorado, las subvenciones priman a quienes no son agricultores, aquellos que no quieren trabajar, es decir, las subvenciones son un desastre priman a quien no trabaja. Se gratifica dejar tierras vacías a lo que le llaman compensación a previo, es decir, que la idea es la no producción ni productividad. Antiguamente dejar tierras en barbecho se utilizaba para dar descanso y criar mejores cosechas. En definitiva, el barbecho siempre ha existido, pero no de esta forma obligada. Las tierras menos fértiles para cultivar, pueden mejorar mucho con el uso de diferentes tipos de productos.

Es una queja y reivindicación que, en épocas de pleno empleo, no se encuentran jornaleros españoles para recoger la cosecha, las exigencias son grandes y cuando hay que recoger cebollas, patatas, y no encuentras jornaleros y hay que cargar un camión, ni el producto cosechado ni el consumidor pueden esperar, y el agricultor tiene el producto tirado sin poder recogerlo por falta de jornaleros, el agricultor lo pasa mal. Los empresarios agrícolas acuden a la oficina de empleo y hay trabajadores desempleados percibiendo prestación por desempleo, pero no acuden al “tajo”¹⁷, porque prefieren cobrar menos sin trabajar que ir al campo ganando más, esto es una opinión generalizada y además escuchan respecto a la recogida de la cosecha: “que las recoja quien las ha sembrado”, esto pasa más frecuentemente de lo que pueda parecer.

Respecto a las tierras de regadío, antes un pantano lleno tenía agua para varios años, ahora todos los años estamos con la crisis del agua, el agua es vida. ¿No habrá sido una mala política de construcción de obras hidráulicas, pantanos, canalizaciones, etc.? Efectivamente ha costado demasiado caro las obras hidráulicas. Todas las comunidades de regantes están en parecidas circunstancias, similares en la mala gestión y el alto coste del agua tanto de riego como para otros menesteres, otro tanto ocurre con la electricidad. Al principio de la construcción de las obras hidráulicas, la electricidad era casi gratis debido al salto de agua que la generaba, actualmente es muy cara, aunque el negocio de las eléctricas es grande encareciendo los costes de la agricultura

Respecto al precios de los productos, cuesta más criarlos que lo que percibe el agricultor por la venta del producto.

¹⁶ En la actualidad, los productos que pueden ser peligrosos para la salud del aplicador y para el medioambiente, están prohibidos.

¹⁷ Al campo de cultivo

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

El trabajo realiza pinceladas de la trayectoria de la agricultura con sus luces y sombras, aunque lo importante es mirar al futuro, la agricultura tiene que ser revalorizada, dado que es productora de alimentos y una forma de mantener viva la vida y sociedad.

Actualmente existen muchas cuestiones que dificultan el trabajo y es complicado que el agricultor prospere porque tiene múltiples gastos fijos que dificultan obtener ganancias, en parte debido a la cadena de distribución donde se diluyen las ganancias a pesar de que los precios pueden ser elevados para el consumidor.

La agricultura actual está lejos del tópico y exageración que se ha creado de la agricultura comparando a algún terrateniente como el señorito andaluz, es la distorsión utópica, ilusoria, imaginaria, etc. que se ha querido representar especialmente por ciertos medios y el sindicalismo; desde hace décadas, la mayoría de los agricultores son microempresarios que reclaman una reforma del sector, porque consideran que las subvenciones empobrecen, siendo una opinión generalizada de los agricultores que un país subvencionado es un país de pobres solamente para mantener la pobreza y mantenerlos pobres.

Los agricultores y ganaderos son muy emprendedores, debido a lo que tienen que trabajar y luchar y la profesión esta denostada debido al abandono institucional y social. las nuevas generaciones buscan posicionarse laboralmente lejos de la agricultura.

Es un pensamiento expresado que se lucha en el campo, pero sin ilusión, a veces sin ganas, por las circunstancias en que se encuentra el sector agrícola que no es halagüeño.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Abad Balboa, C; García Delgado, J. L; Muñoz Ciudad, C. (1994). "La agricultura española en el último tercio del siglo XX: principales pautas evolutivas". En Sumpsi Viñas, J. M. (Coord.). (1994). Modernización y cambio estructural en la agricultura española. pp 69-126
- Affholder, F; Parrot, L; Jagoret, P. (2016). "Logros y perspectivas de la intensificación ecológica". En Sourisseau, J. M. (2016). Las agriculturas familiares y los mundos del futuro. AgenceFrancaise de Developpementaefc. pp 351-376
- Brenner, R. (2019). "Auges y declives de la servidumbre en Europa durante la Edad Media y la Edad Moderna". Hispania. CSIC. pp 173-201
- Carmona Ruiz, M. A. (2017). "Repercusiones de la frontera entre Andalucía y Granada en la economía agraria andaluza durante la Baja Edad Media". Revista de Historia de la Agricultura, 57(1). U. Sevilla. pp 57-79
- Cejudo García, E. (2000). "Algunas reflexiones sobre la política agraria comunitaria". Polígonos, 10. pp. 61-83.
- Martí, M. A. (2016). "La PAC 2020 y el principio de equidad en la redistribución del apoyo directo a los agricultores". Revista española de estudios Agrosociales, 243. pp 45-94
- Montagut Contreras, E. (1999). "La enseñanza de la agricultura". Boletín de la Real Sociedad Económica y Matritense de Amigos del País, 40. pp 197-248
- Somoza Medina, M. (2014). "La forma de las estructuras agrarias tradicionales. Relaciones con la agricultura ecológica. El caso de Allariz". Departamento de Urbanismo Ordenación del Territorio, 6. Universidad Politéct. Barcelona.
- Vives Vallés, J. A. (2016). Derecho de cultivos transgénicos. El conflicto entre el Derecho español y comunitario y el derecho a la libertad de empresa a la luz de la nueva normativa opt-out. Dykinson. Madrid.

MENORES EN SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN “LAS VÍCTIMAS INVISIBLES”

MINORS IN SITUATIONS OF DISPROTECTION "THE INVISIBLE VICTIMS"

Dr. Antonio Carrillo Izquierdo
Doctor en Criminología

Fecha de recepción: 15 de enero de 2020
Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2020

RESUMEN: El maltrato infantil está considerado como un problema social y de salud de primera magnitud a nivel mundial, sobre todo cuando da lugar a que el menor esté expuesto a situaciones de desprotección, riesgo, desamparo, u otras situaciones idénticas donde su protección es necesaria. Hoy en día, el maltrato infantil representa una flagrante violación contra los derechos fundamentales de los niños en edades comprendidas entre los 0 y 17 años, que afecta a la violencia física, violencia psicológica, abusos sexuales, explotación sexual o comercial, negligencia o desatención en los cuidados, abandono total o parcial, así como otras acciones u omisiones que puedan causar un daño en la salud física o psíquica del menor.

La mayoría de las agresiones que sufren los menores víctimas, están relacionados con casos de violencia doméstica, de género, abusos sexuales, o maltrato infantil, infracciones que en casi todas las ocasiones vinculan de alguna forma al agresor con el menor, lo que da lugar a que el niño se encuentre en total indefensión y siga repitiéndose el abuso sobre el mismo.

El presente trabajo pretende resumir la tesis antes enunciada, que comprende una investigación empírica de tipo cualitativo sobre la victimología del menor, encuadrada dentro de la multidisciplinariedad de la criminología, básicamente dedicada a los menores que sufren situaciones de riesgo y desprotección o están ya sujetos a las medidas que abarca la situación jurídica de desamparo en Andalucía.

La investigación se adentra en el sistema de protección de menores andaluz, recorriendo sus entresijos mediante el análisis de las declaraciones de expertos del sistema seleccionados al efecto, todos ellos procedentes de cada uno de los escalones del sistema de protección, como jueces, abogados, fiscales, trabajadores sociales, psicólogos, directores de centros de protección, Defensor del menor en Andalucía y profesionales altamente cualificados de los equipos policiales de protección del menor de los Cuerpos policiales nacionales y autonómicos.

ABSTRACT: Child abuse is considered a major social and health problem worldwide, especially when it results in the minor being exposed to situations of vulnerability, risk, helplessness, or other identical situations where their protection is necessary. Today, child abuse represents a flagrant violation of the fundamental rights of children between the ages of 0 and 17, which affects physical violence, psychological violence, sexual abuse, sexual or commercial exploitation, neglect or neglect in care, total or partial abandonment, as well as other actions or omissions that may cause damage to the physical or mental health of the minor. Most of the aggressions suffered by the minor victims are related to cases of domestic violence, gender, sexual abuse, or child abuse, offenses that in almost all cases link the aggressor with the minor in some way, which gives rise to that the child is completely defenseless and the abuse continues to be repeated. The present work aims to summarize the aforementioned thesis, which comprises an empirical investigation of a qualitative type on the victimology of the minor, framed within the multidisciplinary nature of criminology, basically dedicated to minors who suffer situations of risk and lack of protection or are already subject to the measures covered by the legal situation of abandonment in Andalusia. The investigation delves into the Andalusian system of protection of minors, going through its ins and outs by analyzing the statements of experts of the system selected for this purpose, all of them coming from each of the steps of the protection system, such as judges, lawyers, prosecutors, social workers, psychologists, directors of protection centers, Ombudsman for minors in Andalusia and highly qualified professionals from the police teams for the protection of minors of the national and regional police forces.

PALABRAS CLAVE: Maltrato infantil; victimología del menor ; sistema de protección de menores andaluz.

KEYWORDS: Child abuse ; victimology of the minor ; Andalusian system of protection of minors.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA Y ANÁLISIS PREVIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES 3. MARCO TEÓRICO. 4. INNOVACIÓN Y CONCLUSIONES RELEVANTES DEL ESTUDIO. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad hay más niños maltratados en el mundo que habitantes tiene Estados Unidos en su totalidad. Para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 300.000.000 de niños están maltratados.

La realidad social del maltrato a la infancia se produce principalmente en el seno de las relaciones familiares y de pareja, quedando oculta la mayoritariamente en el entorno familiar, engrosando lo que llamamos cifra negra.

El estudio, desarrolla un marco teórico que analiza la legislación sobre menores, realiza un análisis bibliográfico histórico y actual sobre la protección de los menores a nivel internacional, nacional y autonómico.

Se han diseñado y contrastado los diferentes tipos de entrevistas, respecto al estado de partida de la investigación, seleccionado expertos e instituciones relacionadas con el Sistema de Protección para la participación en la muestra.

Se ha realizado el estudio mediante metodología cualitativa a través de entrevistas, que posteriormente se han transcrito y analizado con el programa Atlas Ti. con una lectura y análisis de los resultados y conclusiones.

2. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA Y ANÁLISIS PREVIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES

Las cifras sobre la violencia de género en el año 2019 publicadas por el Gobierno reflejan que existen 5.000 menores en situación de vulnerabilidad, 80.000 denuncias por violencia de género, 52 mujeres asesinadas, 43 niños huérfanos, 81 hijos menores de víctimas están en riesgo.

El análisis secuencial de los últimos años apuntaba en el mismo sentido, y las voces críticas de profesionales (Trabajadores Sociales, Abogados, Jueces, Fiscales), Defensor del Menor Andaluz, Asociaciones protectoras de los Derechos de la Infancia, Sociedad andaluza, etc. se hacían eco de que el Sistema de Protección del Menor en Andalucía contaba y cuenta con importantes fisuras: Excesiva burocratización, falta de medios y recursos presupuestarios, actuaciones rutinarias sin efecto alguno sobre el procedimiento, actitudes de ceder a presiones electorales rentables, el sistema solo detecta la desprotección de menores en ambientes desfavorecidos cuando la realidad es se dan en todos los estratos de la población, no se hacen políticas para atajar la pobreza, sino para protegerse de ella, las familias son "las grandes olvidadas" recibiendo poca ayuda del sistema de protección para recuperar la tutela de sus hijos, el desamparo se debe poner en marcha solo cuando la integridad del menor está en riesgo, etc.

A los problemas anteriores se les añade el escenario social de los menores cuando cumplen la mayoría de edad y salen del sistema de protección uniéndose otras realidades: los menores pasan de estar tutelados por el Estado a estar en la calle, sin referentes familiares, sin recursos económicos y sin trabajo, el 21% de los menores abandonó el centro al cumplir la mayoría de edad, el 9,2% de los niños y adolescentes tutelados que salieron de los centros de menores en 2018 lo hicieron para volver con sus familias y solo un 4,2% fueron acogidos por otra familia o por algún miembro de la suya.

Ante estas realidades se constata que los menores quedan condenados a una situación de exclusión que la sociedad no debería permitir ni consentir, cuando sólo un día antes la propia sociedad era responsable de su protección.

Otro problema en España y muy grave en Andalucía, es el que representa la llegada de los MENAs, que se ha incrementado exponencialmente hasta llegar a duplicarse en 2018, siendo un total de 3.335 de estos menores en Andalucía.

En 2019 la cifra ha ido incrementándose un 31% hasta llegar a 4.369 niños

De los 9.149 menores que fueron atendidos en el año 2019, sólo 2.190 siguen en centros.

3. MARCO TEÓRICO

El marco teórico consta de 12 capítulos: del capítulo uno al cuatro se tratan las principales consideraciones legales y jurídicas que afectan a la protección del menor, expresadas por sus propias Leyes, Reglamentos y Convenios Internacionales.

El primer capítulo se dedica a exponer las consideraciones, los objetivos, la introducción, los antecedentes históricos, las aportaciones médicas sobre desprotección y el estado actual del problema.

Los Derechos de la infancia empezaron a ser reconocidos en el siglo XIX, denominado siglo de los niños, los hitos más importantes en materia de protección del menor vienen dados por:

- La Declaración de Ginebra (1924)
- La Declaración de los Derechos del Niño (1959)
- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989)

En España estos avances se materializan finalmente en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor.

El Ministerio del Interior, comenzó a contabilizar los niños víctimas de algún delito en España en el año 2013, y según la estadística oficial:

- Hasta 2015 fueron asesinados 12 niños,
- Quedaron huérfanos un centenar
- Fueron víctimas de delitos violentos 38.495 niños.

3.1. El trabajo plantea:

Objetivo general: Describir, analizar e interpretar el proceso que experimentan los menores expuestos a situaciones de riesgo y desprotección.

Objetivos específicos:

1. Detectar los cambios del perfil de las familias y los menores que acceden al Sistema de Protección.

2. Conocer la situación actual del Sistema de Protección de Menores a nivel andaluz y revelar las necesidades y carencias que afectan al mismo.

3. Concienciar de la prevención con medidas y actuaciones que disminuyan los efectos negativos que producen la situación de riesgo y situación jurídica de desamparo en los menores y en las familias.

El segundo capítulo analiza al menor sujeto a patria potestad situación que se caracteriza por el acatamiento y la dependencia del menor a las personas que la ostentan, protegiendo al menor de sus propias actuaciones y decisiones, buscando que no se perjudique con ellas, dado que se supone no tiene suficiente capacidad para obrar por si mismo.

El tercer capítulo comprende y estudia el principio del interés superior del menor y el principio a ser oído y escuchado.

Entre los derechos que contempla la Convención, se encuentran dos de ellos que son fundamentales y que vienen a reconocerse como principios, fortaleciendo aún más los derechos del menor, como son el interés superior del menor y el derecho del menor a ser oído y escuchado.

En el cuarto capítulo se trata la protección de menor en situación de riesgo, la situación jurídica de desamparo, la tutela, la guarda administrativa, el acogimiento familiar, el acogimiento residencial y el papel de la fiscalía en la protección del menor.

Un menor se encuentra en situación de riesgo cuando como consecuencia de circunstancias, carencias o conflictos familiares, existe un perjuicio para su desarrollo personal, familiar, educativo o social, que aun siendo significativo como para que intervenga la Administración pública, se entiende que no reviste la suficiente gravedad como para separarlo del núcleo familiar.

La situación de riesgo de menores, se diferencia esencialmente de la situación jurídica de desamparo en que no requiere la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

La Fiscalía de menores en España tiene encomendada la defensa de los derechos del menor en cualquier ámbito procesal que este se encuentre bien sea penal o civil.

Y también la defensa de sus derechos cuando sea víctima de cualquier delito tipificado en el código penal, así como la reclamación oportuna en el orden civil.

De los capítulos cinco al noveno, se exponen y analizan las relaciones familiares del menor, los tipos de maltrato infantil y sus efectos.

El capítulo cinco, analiza al menor como víctima invisible en las relaciones familiares, el maltrato y castigo físico, el abandono físico y cognitivo, el maltrato y abandono psicológico o emocional, y el abuso y las agresiones sexuales a menores de 16 años.

La violencia hacia los menores suele pasar desapercibida en el núcleo familiar sin que se llegue a tomar conciencia sobre sus efectos, por lo que pasa a un segundo plano que da lugar a su desprotección.

Los niños que viven en ambientes de violencia doméstica o violencia contra la mujer además de ser víctimas invisibles directas en multitud de ocasiones, lo son también indirectas de forma psicológica por el solo hecho de presenciarla.

En el capítulo seis, se estudia a las menores víctimas desde una perspectiva psicopatológica, reflejando factores: riesgo, relacionales, sociales y comunitarios, prevención del maltrato, los factores protectores y la resiliencia.

El maltrato infantil es considerado a nivel mundial como un atentado a los Derechos Fundamentales del niño, siendo el resultado de diversas interacciones complejas entre multitud de variables que están interrelacionadas entre sí.

Los factores de riesgo son circunstancias variables contrastadas que influyen de forma objetiva y causal en el maltrato, pudiendo determinar y condicionar el desarrollo de los episodios violentos, dado que anteceden a la acción.

Frente a los factores de riesgo se presentan como prevención los factores de protección que de algún modo pueden poner coto a la violencia.

La capacidad de dominar los factores adversos o circunstancias desfavorables se conoce con el nombre de resiliencia.

El capítulo siete, realiza un estudio de los modelos teóricos explicativos del maltrato, así como las perspectivas, psiquiátricas, sociales y psicológicas.

El Modelo psicológico se basa en la personalidad de los padres atribuyendo las causas del maltrato infantil a enfermedades psicológicas y psicopatías de los padres.

El Modelo sociológico, se basa en los contextos sociales y culturales donde tienen lugar los malos tratos.

El Modelo centrado en la vulnerabilidad del niño se basa en que el niño es maltratado dado que presenta rasgos que provocan rechazo, en los cuidadores.

Los modelos de segunda generación plantean las interrelaciones entre los padres y los hijos, teniendo en cuenta las variables individuales y los factores sociales que les afectan.

Los modelos de tercera generación dan un nuevo paso y se centran también en los procesos psicológicos que subyacen al maltrato.

El capítulo ocho analiza la victimización del menor. Se considera menor víctima al niño o niña menor de 18 años de edad no emancipado que esté expuesto a maltrato o daño físico, psíquico o cognitivo, abandono, explotación sexual o de otra índole o desatención, por parte de las personas responsables de su cuidado, bien sean padres, tutores, guardadores, o instituciones.

El capítulo nueve realiza un estudio de los aspectos sobre violencia familiar y de pareja que pueden afectar de algún modo al maltrato o a la victimización del menor.

Desde el punto de vista social la violencia de género afecta en gran medida a los menores que conviven en el entorno familiar, convirtiéndolos en víctimas invisibles por su continua exposición a ella, y constituye un problema de salud pública de primera magnitud, debido a las consecuencias que posteriormente de él se derivan en el menor.

El capítulo diez, describe la metodología de la investigación.

La metodología utilizada ha sido cualitativa mediante entrevistas a profesionales desde diferentes ámbitos que trabajan con menores de protección, recabando los conocimientos técnicos en la materia, acorde con el planteamiento de la investigación.

En el capítulo once, se realiza la lectura de resultados analizando los datos obtenidos en las entrevistas realizadas reflejando el análisis del discurso a través de los gráficos que se obtienen del programa cruzando e interrelacionando las variables más significativas de los integrantes de la muestra seleccionada, como:

- Cambio en el perfil social de las familias
- Status de las familias con menores en situaciones de desprotección
- Perfil de los menores que acceden al sistema
- Comprobaciones previas al desamparo
- Empleo de la herramienta de evaluación del riesgo: “valórame”
- Factores de riesgo que intervienen en el desamparo de menores
- Factores de riesgo atribuibles al menor
- Medidas de protección iniciales
- Medidas que se adoptan principalmente
- Tiempo que transcurre hasta la tutela
- Mejoras en el sistema y en la ley
- Críticas y deficiencias observadas por los profesionales en el sistema de protección.
- Falta de coordinación por parte de las administraciones implicadas
- la relevancia de la actuación policial en el sistema de protección de menores.

En el último capítulo se reflejan las conclusiones del estudio, relacionando los objetivos propuestos con las variables del discurso de los profesionales.

4. INNOVACIÓN Y CONCLUSIONES RELEVANTES DEL ESTUDIO

Existen múltiples estudios sobre el sistema de protección de menores, generalmente cuantitativos considerando que, ninguno de ellos llegaba a penetrar de forma adecuada en la raíz del problema y tampoco aportan soluciones eficaces y razonables, que se pudiesen implantar para superar los obstáculos, por lo que este trabajo ha innovado con aportaciones nuevas, en definitiva, es un trabajo amplio de investigación, con un planteamiento innovador y dinámico.

La lectura y análisis de la bibliografía y el desarrollo del marco teórico y legislativo, permite adquirir conocimientos que dan lugar al posterior desarrollo de los objetivos con una visión amplia para la realización de una metodología

adecuada a la investigación que permita innovar en el estudio y trabajo que se realiza con los datos obtenidos y cuyo análisis permite unos resultados y obtener conclusiones importantes.

También se han visitado centros, asistido a congresos y a ponencias, analizado noticias, debates sobre conocimientos sobre el Sistema de Protección de Menores con diversos actores, llevando todo ello a adquirir unos conocimientos valiosos.

Analizar en los pros y en los contras de las preguntas, en el orden de las mismas para no hacer la más delicada o comprometida al principio para no poner en guardia al entrevistado, lo que permite obtener mas y mejor información, contemplando otras posibles respuestas a los entrevistados y preparar contra preguntas.

Cada profesional entrevistado aporta un concepto diferente dado que se encuentra en un escalón distinto del Sistema de Protección, y consecuentemente aporta nuevas ideas dejando un nuevo hilo conductor para seguir investigando.

La elección de la muestra es fundamental para poder obtener buenos resultados. La primera entrevista sirvió para reordenar ideas y replantear las contra preguntas de los siguientes candidatos. La elección de la primera entrevista requirió un estudio que permitiera obtener información de base, se entrevistó a un trabajador social de los Servicios Centrales de Protección del Menor de Sevilla con una amplia experiencia profesional.

Puede decirse que esta entrevista fue decisiva dado que el entrevistado se implicó en gran medida en cada una de las respuestas.

Cada entrevista permitió adentrarse cada vez más en el Sistema de Protección de Menores Andaluz y sus entresijos.

Se considera que en este estudio se ha innovado por los siguientes motivos:

1. No existen investigaciones que hayan estudiado la realidad en su contexto natural en el campo de la protección de menores en Andalucía dirigida a los principales actores de sistema de protección andaluz.

Esta investigación ha permitido analizar y obtener resultados fidedignos de las profundidades del sistema de protección, temática y problemática de la Protección de Menores en las diferentes etapas de desprotección infantil como son las aportadas por:

- Los propios juzgados de menores,
- La fiscalía de menores,
- El propio servicio central de protección andaluz por las aportaciones de sus responsables
- El defensor del menor andaluz
- Los trabajadores sociales y psicólogos de los equipos de protección del menor y de los centros de protección a la familia
- Los directores de centros dedicados a la protección del menor
- Los abogados responsables de protección de las familias en el turno de oficio
- Los abogados del sistema de protección de menores encargados de defender las causas contra la administración

- Los órganos policiales y sus Equipos de Protección
- El propio menor que ha estado inmerso y superado el sistema de protección

2. Las investigaciones cuantitativas tienden a simplificar los resultados, pudiendo ocultar envolturas que no podrían conocerse sin la interacción permanente del investigador con la muestra investigada.

3. El análisis de las entrevistas, así como la interpretación de los resultados obtenidos se ha realizado mediante procesos del conocimiento y las realidades expresadas por los entrevistados permitiendo obtener un modelo conceptual de análisis que describe los procesos en que se ven inmersos los menores que pasan por el sistema de protección, estableciendo relaciones en los métodos de trabajo y tratamiento de los profesionales e instituciones implicadas en el proceso de protección, describiendo la realidad.

4. Se ha utilizado un software analítico de los más innovadores y sofisticados, como es el programa Atlas Ti. MAC. OS, basado en una Teoría Fundamentada de (Glaser y Strauss 1967; Varguillas, 2006), que permite el análisis de grandes cuerpos de datos textuales, facilitando en gran medida la codificación, reduciendo las macro categorías y unidades de significación.

Permitiendo profundizar en las respuestas de los entrevistados con nuevas unidades de comparación, por asociación de códigos, citas y fragmentos de texto y nuevas etiquetas, que no podrían ser analizados de forma significativa con enfoque normales

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Del análisis del trabajo de campo del estudio se obtienen las siguientes conclusiones respecto a la protección de menores, al Sistema de Protección, las familias y a factores y políticas preventivas que se hace necesario implantar para la mejora del sistema de protección.

5.1 En cuanto a la situación de riesgo y desamparo

Se constata que la situación de riesgo se materializa cuando se producen conflictos en el ámbito familiar que afectan al desarrollo del menor en sus diferentes planos que haga necesaria la intervención o asistencia de la Administración.

Se verifica que la situación jurídica de desamparo se produce por falta de asistencia en el ejercicio inadecuado de los deberes de protección de los padres tutores o guardadores, o cuando no ha tenido éxito el tratamiento comunitario o por las circunstancias familiares era imposible su aplicación.

Se concluye que siguen siendo víctimas invisibles los menores que conviven en un entorno familiar donde impera la violencia entre sus progenitores, y particularmente los hijos de víctimas de violencia de género.

5.2 En cuanto a la actuación de los servicios de protección

Se constata que cuando los Servicios Sociales Comunitarios detectan cualquier situación de riesgo en los menores, toman un primer contacto con la familia del menor con objeto de constatar realmente la situación de desprotección.

Una vez constatado el riesgo, los servicios sociales proporcionan una primera atención a la familia con objeto de reconducir esta situación con los apoyos a su alcance.

Si a pesar de las acciones la familia no responde se procede a comunicarlo al Servicio de Protección de Menores Autonómico, para el inicio del correspondiente expediente de desamparo.

5.3 Respecto al tiempo que dura el expediente de desamparo

Verificación de que el expediente puede durar entre tres y seis meses y en algunos casos más tiempo; en este caso amparándose en el interés superior del menor.

5.4 Con respecto al cambio de perfil de las familias

Constatación de que el perfil de las familias con menores en situación de desprotección ha cambiado.

Evidencia de que existe un nuevo perfil que alcanza a familias de clase media con altos ingresos y buenos puestos de trabajo, donde ambos progenitores por motivos laborales están fuera del domicilio familiar la mayor parte del día, dejando la educación de los hijos en manos de terceros, perdiendo como consecuencia el control parental de los hijos.

5.5 En cuanto al perfil de los menores que acceden al sistema de protección

Los perfiles de los menores que acceden al sistema corresponden principalmente al de niños entre 12 y 17 años, afectados por trastornos de conducta, iniciados en el consumo de sustancias psicotrópicas y/o alcohol, problemas de ludopatía, trastornos de conducta y relacionales con enfrentamiento entre padres e hijos.

Y menores con edades entre 16 y 18 años que están iniciándose a la delincuencia.

Se advierte que el perfil de menor que accede con más frecuencia al sistema de protección es el de extranjeros no acompañados procedentes del continente africano (MENAs).

5.6 En cuanto a los factores de riesgo

Los factores de riesgo que más afectan a las situaciones de desprotección del menor son los de marginación social, pobreza, abandono, mendicidad, dejadez de funciones parentales, situaciones de inmigración, absentismo escolar, padres con problemas de drogadicción, problemas de salud mental de los progenitores, familias desestructuradas, prostitución, tráfico de drogas, malos tratos, abusos sexuales y agresiones contra menores cometidas dentro del entorno familiar.

Constatación de que al menor en sí no puede atribuírsele factor de riesgo alguno excepto los intrínsecos, (discapacidades, traumas, agresividad, nacimiento prematuro, etc.) dado que, aunque el menor tenga problemas de conducta, ludopatías, delincuencia, etc., el fundamento u origen del problema lo podríamos encontrar en carencias de su base educativa, y/o falta de límites por parte de los progenitores.

5.7 En cuanto a las deficiencias en el sistema de protección

La verifica que los resultados obtenidos en esta investigación concuerdan en gran medida con los publicados en el informe del Defensor del Menor andaluz (2017).

En dicho informe se recogían 2.236 quejas relativas a menores, de las cuales 459 tuvieron que ver a cuestiones sobre la guarda y custodia de los hijos e intervenciones relacionadas con el sistema de protección.

El informe indica que una de las principales deficiencias del sistema, es la falta de coordinación y unificación de criterios comunes en todos los escalones, que redujera los tiempos de los procesos, en lo que coincidimos completamente

Estas evidencias, reflejan que se necesitan más medios, y buena coordinación entre los órganos de Justicia y el Sistema de Protección.

Los Juzgados de Familia andaluces soportan una alta carga de trabajo, por lo que son necesarios más juzgados de familia, más Fiscales, y en general más personal Técnico y de dotación, además de mejor gestión y trabajo por competencias.

En materia Procesal y de Justicia sería necesaria una reforma legislativa, que contemple estas necesidades.

En las situaciones familiares donde existan indicios de marginación social, se hace necesario dar a conocer y potenciar la mediación familiar extrajudicial gratuita.

Figura creada por la Ley 1/2009 de regulación de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que provee un registro de personas cualificadas al efecto.

La mediación familiar se encuentra ya en los Juzgados de Familia lo que agiliza algunas situaciones familiares enquistadas que evitan procesos judiciales innecesarios, buscando o facilitando una situación de conformidad o acuerdo entre las partes.

Se concluye que en los casos en que se vean afectadas las familias más desfavorecidas y problemáticas, donde se están produciendo situaciones administrativas y procedimientos judiciales en cascada como violencia de pareja, maltrato de ancianos, situaciones de drogadicción en el ámbito familiar, etc., sería de vital importancia la creación de un coordinador legal que recondujese y unificase las causas y procedimientos al órgano u órganos de la Administración competentes.

5.8 Con respecto a los centros de protección de menores

Se constata que gran parte de los centros de protección de menores están externalizados mediante gestión directa de convenios con la Junta de Andalucía por entes privados y asociaciones sin ánimo de lucro.

Los recursos residenciales están saturados, siendo un factor importante la constante afluencia de (MENAs) los cuales están colapsando los recursos del Sistema de Protección, por estar saturados los centros específicos de protección de primera acogida.

Faltan recursos residenciales que estén gestionados directamente por la Administración con personal y recursos adecuados, que garanticen la atención integral de los menores y por ende la relación correcta con las familias.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA RODRÍGUEZ, A., RUIZ CALDERÓN, N., Análisis cualitativo con el ATLAS. Ti. 1. Ed.,- San José, Costa Rica. Universidad de Costa Rica, 2014, pp. 151.
- MANSO, J. M. M., "Revisión de los principales modelos teóricos explicativos del maltrato infantil". Enseñanza e investigación en psicología, 11 (2), 2006, pp. 271-292.
- VÉLEZ, M. I., La protección de los derechos del niño: en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español, UPCO, 1994.
- VARGUILLAS, C., "El uso de ATLAS. ti y la creatividad del investigador en el análisis cualitativo de contenido UPEL. Instituto Pedagógico Rural El Mácaro." Laurus 12.Ext. 2006, pp. 73-87.
- SOBRE LOS DERECHOS, Declaración de Ginebra. Del Niño (1924). Sociedad de las Naciones Unidas. Diciembre, vol. 26.
- LEY ORGÁNICA 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, (1989); recuperado el 15 de marzo de 2020 disponible en: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>.
- INFORME SOBRE VIOLENCIA INFANTIL, recuperado el día 25 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.unicef.es/blog/violencia-infantil-una-realidad-demasiadas-veces-silenciada>
- CIFRAS SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO 2019, recuperado el día 15 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20191125/51-asesinadas-43-huerfanos-mas-80000-denuncias-dramaticas-cifras-violencia-genero-2019/1992281.shtml>
- CIFRAS DE MENORES INMIGRANTES que escapan del sistema de protección, recuperado el día 15 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.larazon.es/local/andalucia/el-735-de-los-menores-inmigrantes-escapan-del-sistema-de-proteccion-PF24210942/>
- INFORME DEL DEFENSOR DEL MENOR DE 2017, recuperado el día 15 de marzo de 2020, disponible en: <http://www.defensordelmenordeandalucia.es/informe-anual-de-menores-2017>
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, recuperado el día 15 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>

DE LA PERSONA BIOLÓGICA, CRIÓTICA, A LA PERSONA ROBÓTICA CIBERNÉTICA

FROM THE BIOLOGICAL, CRYPTIC PERSON, TO THE CYBERNETIC ROBOTICS PERSON

Andrea Carrascal Santano
Graduada en Derecho
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2020
Fecha de aceptación: 23 de mayo de 2020

RESUMEN: en un mundo en el que la inteligencia artificial está teniendo cada vez más protagonismo en nuestro día a día, nos planteamos en qué lugar queda la sociedad y qué papel debe ostentar el Derecho. A través de la técnica de la criogenización, hasta la implantación de extensiones robóticas de cualquier tipo en un cuerpo humano, e incluso combinando estas dos, podemos ver los nuevos escenarios que se darán para este nuevo 'ser humano' y que derechos y obligaciones tendrá. Cuestiones como la personalidad, el nacimiento bis o la discapacidad de estos sujetos, son algunos de los puntos que trataremos.

ABSTRACT: In a world in which artificial intelligence is playing an increasingly important role in our daily lives, we ask ourselves where society stands and what role the law should play. Through the cryogenic technique until the implantation of robotic extensions of any type in a human body, and even combining these two, we can see the new scenarios that will be given for this new 'human' and what rights and obligations he will have. Issues such as personality, second birth or disability of these subjects, are some of the points that we will address.

PALABRAS CLAVE: criogenia, inteligencia artificial, robots, robótica, derecho, capacidad.

KEYWORDS: cryogenics, artificial intelligence, robot, robotics, law, capacity.

SUMARIO: Introducción. 1. La persona biológica y su capacidad. 1.1 De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley de 26 de septiembre de 2018. 1.2 La reformulación de la discapacidad. 1.3 La capacidad jurídica como categoría en el Derecho. 2. Criótica. 2.1. Definición y concepto. 2.2 El vencimiento de la muerte y los derechos del 'ser crionico' renacido. 3. Persona robótica cibernética. 3.1 Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. 3.2 Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017 para un Derecho Civil sobre robótica. 4. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En un mundo en el que continuamente vemos tanto series como videojuegos ambientados en un futuro distópico con una tecnología tan desarrollada, conviviendo pacíficamente (o no, según la imaginación del autor en cuestión) con robots, cyborgs, y similares, nos preguntamos en qué lugar queda el Derecho y como evolucionaría en un escenario más típico de ciencia ficción que de la realidad. A pesar de esto, la convivencia entre la inteligencia artificial y la sociedad humana está más cerca de lo que pueda parecer en un inicio. Por ello, debemos plantearnos la idea de implantar un marco jurídico en el que las nuevas situaciones con respecto a este escenario se regulen, de manera que podamos otorgar cierta seguridad jurídica a la sociedad, denominémosla, mixta. Hablamos de enlazar la biología con la tecnología con el fin de tejer una conciencia y personalidad de un ser robótico, de manera que no encontremos diferencia en hablar con uno de estos nuevos seres o con un ser humano, tal y como el matemático y filósofo ALAN TURING¹ exponía. La consideración del ser humano como una mera parte del experimento o, como una pieza de tránsito hacia el avance tecnológico y posterior desarrollo de los entes combinados o autónomos, sería un error, puesto que la raza humana supondría una ayuda totalmente necesaria para conseguir el fin que durante décadas ha sido perseguido: la fusión humano-robótica, adaptando las necesidades humanas a las capacidades robóticas, conformando así un uno inseparable, un sistema único.

La imagen que actualmente tiene la sociedad en cuanto a los robots sería la de un aparato controlado por una persona humana a través de su correspondiente control remoto. La pregunta que planteamos en este trabajo es el control humano interno, esto es, el implantar el cerebro de un humano en un ser cibernético. El rápido uso de las tecnologías, así como su indudable crecimiento, obliga a la sociedad civil a adoptar numerosos enfoques en materia de Derecho, debido a la posibilidad de aumentar la interacción de la IA con la humanidad, de manera que llegue a ser aún más relevante. Se considera que el abordaje de este tema se debe hacer de manera rápida, pero no por ello escuálida, para poder velar por un conjunto de valores y principios que constituirán la base de la regulación y posterior socialización entre todos. Así mismo, dicha regulación a nivel jurídico se dará para evitar todas las posibles confrontaciones, teniendo cuidado en su redacción e interpretación, puesto que un marco jurídico restrictivo no incentivaría la innovación, provocando un efecto contrario al que se quiere llegar: la no prosperidad de la sociedad, en todas sus modalidades.

¹ TURING MATHISON, ALAN (1912-1954): matemático, informático teórico y filósofo. Considerado uno de los padres de la computación y precursor de la informática moderna.

RUIZA, M., FERNANDEZ, T., TAMARO, E. “*Biografía de Alan Turing*”. Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea, 2004. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/turing.htm>

RUIZA, M., FERNANDEZ, T., TAMARO, E. “*Biografía de Alan Turing*”. Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea, 2004. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/turing.htm> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

1. LA PERSONA BIOLÓGICA Y SU CAPACIDAD

Atenderemos al Título II del Código Civil² español, correspondiente al nacimiento y la extinción de la personalidad civil, centrándonos en el Capítulo I, de las personas civiles, para poder determinar la personalidad de los sujetos que conforman la sociedad. Los artículos 29 y 30 establecen el nacimiento de la persona³ como el hecho más significativo y existencial de la misma, hecho por el cual se le otorga a un sujeto lo denominado como personalidad jurídica⁴. Este último artículo, establece que se adquiere, concretamente, ‘en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno’⁵. Por ello, y conforme al tema que nos concierne, planteamos la pregunta de si la persona renacida a través del proceso de la criogenización se podrá considerar con personalidad jurídica, puesto que, siguiendo la línea de lo establecido por estos artículos, no cumple con los requisitos de nacimiento y desprendimiento del seno materno⁶, sino que tan solo vuelve, de algún modo, a la vida. A su vez, el artículo 32 del mismo código establece que ‘la extinción de esta personalidad se produce con la muerte’, por lo que, si el sujeto en cuestión falleció, entendemos extinta su personalidad jurídica derivada de este hecho, siendo la muerte o defunción de una persona, inscrita en el Registro Civil, cierta y jurídicamente veraz.

Bien es cierto que en un momento este sujeto cumplió con todos los requisitos de los artículos mencionados anteriormente, pero una vez declarado su fallecimiento, esta personalidad se extingue sin ninguna posibilidad de extensión de la misma o capacidad de volver a adquirirla, por el momento.

Cabe mencionar el artículo 154, referente a la patria potestad y responsabilidad de alimentos, analizándolo desde el punto de vista del tema que estamos tratando. Diremos que, nuestro sujeto fallecido pero renacido gracias a la criogenización de su cuerpo, o de parte de él, en el momento de su muerte, por el momento y en nuestro vigente ordenamiento jurídico, no posee personalidad jurídica alguna, por lo que este no tendría por qué tener obligación alguna derivada de estos términos, así como ningún derecho conforme a su persona, por lo que ni otorgará ni será beneficiado por la responsabilidad de alimentos.

Para proceder a la explicación de la capacidad que nos corresponde, deberemos analizar la diferencia de dos conceptos relativos a la personalidad, como lo son la capacidad de obrar y la capacidad jurídica⁷. Definiremos la

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

³ LEGERÉN MOLINA, Antonio. “El Parlamento redefine el concepto de ‘persona’”. Legal Today, 2011. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/el-parlamento-redefine-el-concepto-de-persona> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁴ NAVARRO, Javier. “Definición de personalidad jurídica”. Definición ABC, 2014. <https://www.definicionabc.com/general/personalidad-juridica.php> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁵ Artículo 30 CC: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

⁶ CASTILLO ALBARRAN, Cristina. “Concepto jurídico de persona tras la reforma del artículo 30 del Código Civil español”. Observatorio de bioética, instituto ciencias de la vida de la Universidad Católica de Valencia, 2014. <https://www.observatoriobioetica.org/2014/10/concepto-juridico-de-persona-tras-la-reforma-del-articulo-30-del-codigo-civil/5515> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación. 2011.

primera como la aptitud para el ejercicio de los derechos de que es titular. La capacidad de obrar se podrá ver limitada si el sujeto es menor de edad o ha sido incapacitado mediante decisión judicial, por lo que no es una característica de la persona ya nacida y desprendida del seno materno, o inherente a la misma, sino que se necesita y se exigen ciertas aptitudes, así como una correcta relación con el Derecho, ya sea penal o económico, por ejemplo. Por ello la distinción de al menos tres niveles de capacidad de obrar es esencial.

La primera capacidad de la que hablaremos es la capacidad de obrar plena, la cual estaremos ante ella con personas mayores de edad que no hayan sido incapacitadas judicialmente, ‘salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código’⁸. Encontramos por tanto dos limitaciones, la minoría de edad, que a raíz del artículo 12 de la CE se superará una vez cumplidos los 18 años, y la incapacitación vía judicial, ya sea plena o parcial.

La segunda capacidad que expondremos es la capacidad restringida, la cual necesita de un complemento para poder efectuar determinados actos o negocios jurídicos. Este complemento, también conocido como autorización o consentimiento, se dará en una serie de escenarios, tales como la emancipación, la prodigalidad y la incapacitación parcial, extremos que no afectan a nuestro análisis principal, siendo totalmente validos los descritos en el CC y LEC.

Como tercera y última categoría de la capacidad, encontramos la incapacitación. En ella, un sujeto queda privado de su capacidad de obrar plena, limitándolo conforme a algunos principios constitucionales, pero dotándolo de garantías ante el derecho para solventar la irregularidad de la situación. De tal manera que tan solo se podrá restringir en pro de la defensa de los intereses de la persona o sujeto en cuestión, debiendo ser declarado incapaz mediante una sentencia judicial firme, por causas tasadas legalmente. El CC señala, por tanto, que las causas por las que se podrá incapacitar a una persona serán las relativas a ‘las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma’⁹, tal y como recoge el artículo 200.

I. De la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de ley de 26 de septiembre de 2018

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, también conocida como Convención de Nueva York por aprobarse en esa ciudad, supuso un cambio en cuanto a los derechos humanos de estas personas, protegiendo y garantizando, de manera más eficiente que nunca, una regulación para mantener las desigualdades al margen ¹⁰. En nuestra regulación vigente, encontramos el sistema de protección de las personas con discapacidad en los Títulos IX, X, XI, y XII del Libro primero del CC, así como su modificación, régimen de incapacitación y sistema de menores.

⁸Artículo 322 CC: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

⁹ Artículo 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

¹⁰ VIVAS-TESÓN, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad. *Comunitania. Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 1, 113-128., 2011.

La Convención proclama que las personas con discapacidad¹¹ poseen la misma capacidad jurídica que cualquier sujeto, abogando por la igualdad tanto en la ley como ante ella. Esto conlleva la no limitación de la misma, estableciendo un apoyo necesario por parte de los Estados y de los servicios sociales para el impedimento y control de abusos y vulneraciones de Derechos Humanos conforme a este colectivo, no privándoles de la óptima calidad de vida que puedan llegar a alcanzar, y evitando las carencias que la sociedad pueda darles. En resumen, esta Convención considera a las personas con discapacidad como sujetos plenos para la titularidad de derechos, debiendo garantizar los poderes públicos el correcto ejercicio para que estos derechos sean realmente plenos y efectivos.¹²

La ratificación de esta Convención por parte de España el 30 de marzo de 2007, determinó la publicación de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El Anteproyecto de Ley que España llevó a cabo para la implantación de la norma en el ordenamiento jurídico, fue un inicio para el cambio legislativo en materia civil y procesal en todo lo que a la discapacidad y su regulación se refiere.

Dicho cambio permite al CC adentrarse y amoldarse en materia de la Convención, en especial referencia a su artículo 12¹³, el cual establece el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, estableciendo la plena titularidad de derechos, así como la capacidad para su ejercicio. Por lo tanto, hablaríamos de no poder limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a favor de un tutor o curador, puesto que lo único que supone este acto es la negación, tanto por parte de la sociedad como por parte del legislador, de la cabida de dicho colectivo, no otorgándoles la posibilidad de intervenir en las relaciones jurídicas que les afectan, ya sean de forma directa o indirecta.

Si bien se plantea otorgar la plena capacidad jurídica a este colectivo¹⁴, no quedan en situación de desamparo conforme a sus decisiones, sino que también se prevé una serie de mecanismos de apoyo como medida preventiva para garantizar los derechos que les avalan si se ven vulnerados.

Nos planteamos la creación de una personalidad jurídica específica para las personas discapacitadas¹⁵, donde quedarán reguladas tanto las capacidades como las aptitudes de estos, pudiendo otorgarles la capacidad jurídica y personalidad en los mismos aspectos de la vida que una persona no discapacitada, atribuyéndoles el apoyo que sea necesario a través de las medidas preventivas.

¹¹ RÍOS HERNÁNDEZ, Mónica Isabel. El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 2015, vol. 6, no 2, p. 46-59.

¹² BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. 2009. p. 353-390.

¹³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su sede de Nueva York.

¹⁴ SEOANE, José Antonio. La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica. *Siglo Cero*, 2011, vol. 42, no 237, p. 21-32.

¹⁵ ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2012, vol. 12, no 1, p. 121-147.

Es necesario establecer una conexión entre el artículo 12 de la Convención y nuestro régimen jurídico¹⁶, debiendo estimar que no tendría un gran impacto en este, puesto que el Código Civil español ya recoge la necesidad y obligación respecto de la igualdad jurídica entre todas las personas, independientemente de su condición¹⁷. La Convención de Nueva York, si bien reclama la tan nombrada igualdad jurídica para todas las personas, con un enfoque especial a las personas con discapacidad, crea una necesidad de cambio y modernización, tanto en lo que lenguaje jurídico respecta, como en lo referente a la conducta humana, implementando a través de los Estados y sus representantes, medidas para la salvaguardia de dichos derechos, respetando la voluntad, la dignidad, y los deseos o preferencias de las personas discapacitadas, sin menosprecio alguno, al igual que se realiza con el resto de personas.

II. La reformulación de la discapacidad

Tras los motivos expuestos en la Convención de Nueva York recientemente estudiada, encontramos necesaria la reformulación de la discapacidad¹⁸. En el año 2018, la Ministra de Justicia en ese momento, Dolores Delgado, presentó al Consejo de Ministros un Anteproyecto de Ley¹⁹ por el que pretendía eliminar o limitar la incapacitación judicial respecto de las personas con discapacidad intelectual, alegando tanto razones de dignidad, como de libre voluntad de las personas. Por tanto, según lo expuesto, las personas incapacitadas, no verían limitada su capacidad de obrar plena, puesto que, según los principios constitucionales mencionados anteriormente, cada uno sería capaz de tomar las decisiones que le repercutan. Se pretende una correcta regulación de las figuras de curatela y defensor, dado que, si este Anteproyecto siguiera adelante, no tendrían la misma necesidad jurídica que antes, extrapolando lo dicho a otras ramas del Derecho, como por ejemplo el Derecho Internacional Privado, al cambiar los escenarios del matrimonio, o en casos de filiación, sucesiones y contratos.

Atenderemos al artículo 49 de la CE, el cual establece que ‘Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos’²⁰. En caso de que el sujeto se vea con una limitación de la capacidad de obrar por cualquier motivo reseñado anteriormente, la protección

¹⁶ CUENCA GÓMEZ, Patricia. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español. 2011.

¹⁷ CAYO PÉREZ BUENO, Luis. La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2008, vol. 39, no 228, p. 62-71.

¹⁸ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Revisando el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Consejo de Europa desde la Convención de la ONU. *Revista europea de derechos fundamentales*, 2012, no 20, p. 213-246.

¹⁹ HELLÍN, Jesús. “Delgado defiende el papel de la Justicia para que las personas con discapacidad logren la igualdad efectiva”. Europa Press, 2019. <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-delgado-defiende-papel-justicia-personas-discapacidad-logren-igualdad-efectiva-20190612193153.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

²⁰ Artículo 49 CC: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”

se realizará a través de una modificación judicial de la misma, por la que se deberá determinar a unos tutores para su ejercicio pleno.

Debemos diferenciar la incapacidad natural, que es la que por el propio hecho de la persona carece de aptitudes para entender las situaciones, de la incapacitación, hecho en el que por falta de aptitudes se dota a la persona de una protección en concreto para poder llegar a esa plenitud.

El concepto actual que se entiende por persona discapacitada o discapacidad, viene definido en el artículo 1 de la nombrada Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que dispone que ‘las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás²¹.’ A raíz de esto, se proclaman una serie de leyes, tales como la Ley 13/1982 de 7 de abril, conforme a la integración social de los minusválidos, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, referida a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, o la Ley de 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En cuanto a la segunda de ellas, señala en su artículo 2.2 que son ‘personas con discapacidad todas aquellas que posean una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y con una minusvalía física o sensorial del 65%.²²’

Cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico no configura la incapacitación como una limitación de derechos de la persona, sino como un sistema de protección ²³de la misma siempre que ésta sea incapaz de proteger sus intereses²⁴. En este sentido y de esta forma, el TS ha establecido en su jurisprudencia ²⁵ mediante la promulgación de varias sentencias la incorporación de los valores y principios recogidos en la Convención de Nueva York respecto de las normas de la modificación de la capacidad. No encontramos contradicción entre nuestro CC y la Convención y los valores que promulga, puesto que la adopción de medidas específicas para este colectivo está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

²¹ Artículo 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

²² Artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad: “personas con discapacidad todas aquellas que posean una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y con una minusvalía física o sensorial del 65%.”

²⁴ MORETÓN SANZ, María Fernanda. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. 2010.

RUIZ GARCÍA, Patricia. Protección patrimonial de personas con discapacidad. 2015.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, 282/2009, Ref. CENDOJ, 2009:2362; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, 421/2013, Ref. CENDOJ, 2013:3441; Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012, 617/2012, Ref. CENDOJ, 2012:6810; Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, 530/2017, Ref. CENDOJ, 2017:3376; Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017, 596/2017, Ref. CENDOJ, 2017:3925; Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020, 387/2017, Ref. CENDOJ 2020:1736; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2020, 307/2020, Ref. CENDOJ 2020:1637; Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2019, 827/2019, Ref. CENDOJ 2019:4259.

La diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, en esta cuestión, no sería necesaria, puesto que la propia Convención no hace tal mención, sino que tan solo habla de la capacidad jurídica como la capacidad de actuar. Lo que realmente determina la Convención es que las personas que tienen discapacidad acreditada tienen la misma capacidad de obrar que otra que no la tenga, no pudiendo privarles de la misma por su condición, lo que conlleva una serie de modificaciones en el ordenamiento jurídico español, que, aunque no han sido de gran calado, si han tenido que realizarse para una mayor y correcta adaptación.

Hacemos referencia a la Ley 13/1983 de 24 de octubre²⁶, por modificar de sobremanera el concepto de incapacitación²⁷. Esta Ley establece la necesidad de incapacitación mediante sentencia judicial firme, estableciendo así una superioridad judicial en esta materia. Introduce, por tanto y junto con las figuras ya establecidas como la tutela y el defensor judicial, la curatela, permitiendo incluso la incapacitación de un menor de edad en ciertas circunstancias.

Tras esta ley, el concepto se vuelve a reformar con la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor²⁸, entendiéndola junto con la Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil²⁹, siendo esta la ley derogatoria de la regulación ya establecida en el CC. En la actualidad las normas vigentes que regulan la incapacitación se recogen en dos textos: artículos 199 a 201, Libro I, Título IX de la incapacitación del CC, y la ley de enjuiciamiento civil, artículos del 756 a 763, libro IV, Capítulo II de los procesos sobre la capacidad de las personas.

III. La capacidad jurídica como categoría fundamental en el Derecho

Si bien llevamos hablando durante los párrafos anteriores sobre la capacidad, sus clases y variantes, debemos mencionar también la importancia de esta dentro de la ciencia jurídica. Para ello, haremos referencia a la libertad del ser humano y al papel que juega tanto en el desarrollo de su vida personal con su proyecto de vida propio, como con el Derecho y las relaciones con las demás personas y entes, estableciendo de esta manera que el Derecho ‘es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona’³⁰. Por ello consideramos que la libertad es lo que marca la diferencia para poder catalogar a una persona como tal, diferenciándola, o siendo capaces de hacerlo, de las demás personas que surgirán y que iremos exponiendo más adelante.

²⁶ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983, páginas 28932 a 28935 (4pags.)

²⁷ FILLAT DELGADO, Yolanda. Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España: servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. 2018.

²⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de enjuiciamiento civil. BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996, páginas 1225 a 1238 (14 págs.)

²⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728 (154 págs.)

³⁰ GONZÁLEZ AGURTO Carlos Antonio; DIAZ DIAZ GUADALUPE María-Pía. Capacidad jurídica: el histórico problema de una categoría fundamental en el derecho. A propósito de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo N°1384 en el libro de derecho de las personas del código civil peruano. Pág. 2.

En estas líneas hablaremos de la llamada Teoría Tridimensional del Derecho³¹, surgiendo la misma en Perú y Brasil. Con este pensamiento se pretende dejar de lado la visión tradicional de la composición del Derecho para pasar a una visión más moderna y técnica. Esto se traduce en la interrelación de los tres planos en los que se basaba el Derecho tradicional, esto es, la vida humana, los valores, y las normas jurídicas como los pilares básicos para la construcción del mismo, dejando paso a un solo plano en la que los tres pilares se complementen y ayuden, pudiendo tener de esta manera una visión más generalizada y unificadora del Derecho. Esta rama es necesaria puesto que, a mayor conocimiento del ser humano como especie, mejor comprensión, interacción y desarrollo se podrá dar para con el Derecho, ciencia jurídica que regula todas las relaciones.

Lo que nos plantea esta Teoría es la naturaleza del ser humano, que, aparte de ser racional, es naturalmente libre, valor y principio por el que regimos todas las relaciones humanas, y base de toda regulación. Por ello, sin la libertad las capacidades del ser humano se verían coartadas por las situaciones a las que tendría que hacer frente, a las que no sería capaz de darle solución, o por lo menos la más adecuada, por no poseer el aprendizaje que la libertad nos otorga, impidiendo el correcto desarrollo de nuestra función en la sociedad, trayendo consigo un estancamiento en la misma, augurándonos un futuro de mediocridad. El ser humano, como único ser capaz de conocer, y el Derecho, como instrumento para su protección, constituyen la esencia de la sociedad, nutriéndose y complementándose mutuamente, consiguiendo así de una manera cada vez más acertada un derecho adecuado para la sociedad que ha tomado como referente.

Haremos de manera breve una serie de puntualizaciones con respecto a la evolución histórica de la capacidad jurídica, dándole la máxima importancia y relevancia con el Derecho Romano. Diremos que este derecho tan solo reconocía la plena capacidad a una minoría de personas siempre que estas cumplieran tres requisitos: que fueran libres y no esclavos, conocido como *status libertatis*, que fueran romanos y no extranjeros, esto es, que tuvieran *status civitatis*, y por último que fueran independientes de la patria potestad, o lo que es lo mismo, la posesión del *status familiae*. Con la obtención de estos tres estados se podría considerar que una persona tenía capacidad jurídica, siendo posible comenzar la personalidad del sujeto antes de su nacimiento, y que la extinción se produjera después de su fallecimiento.

Más avanzados en el tiempo, y de la mano de autores como THOMAS HOBBS³² o WILLIAM BLACKSTONE³³ y gracias a los libros e ideas que plasmaron, hablamos ya de una conexión entre la personalidad y la capacidad

³¹ GONZÁLEZ AGURTO Carlos Antonio; DIAZ DIAZ GUADALUPE María-Pía. Capacidad jurídica... *op. Cit.*, p. 2.

³² HOBBS, THOMAS (1588-1679): filósofo inglés, considerado uno de los fundadores de la filosofía política moderna.

RUIZA, M., FERNANDEZ, T., TAMARO, E. "*Biografía de Thomas Hobbes*". Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea, 2004. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hobbes.htm> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

³³ BLACKSTONE, WILLIAM (1727-1780): jurista, profesor universitario y político inglés. BERMUDEZ, C. "William Blackstone". Plataforma Digital de Derecho, Ciencias Sociales y Humanidades. [https://leyderecho.org/william-blackstone/#:~:text=William%20Blackstone%20\(1723%2D1780\),impart%C3%ADa%20docencia%20en%20la%20Universidad.](https://leyderecho.org/william-blackstone/#:~:text=William%20Blackstone%20(1723%2D1780),impart%C3%ADa%20docencia%20en%20la%20Universidad.) (Última consulta, 26 de junio de 2020)

jurídica, determinando estos mismos los primeros ‘derechos’ para las personas que cumplieran los requisitos que estudiados con el Derecho Romano. Así mismo, analizando la capacidad en su conjunto, prestando atención a su evolución histórica y las aportaciones que han ido realizando los diferentes autores duchos en esta materia, diremos que muchos son los críticos que establecen la relación entre libertad y titularidad de derechos, estableciendo que tan solo las personas humanas y la sociedad civil son los verdaderos portadores de la libertad, siendo así los únicos capaces para poder tener derechos, independientemente de las nuevas formas de vida que se den con el paso de los años y el avance de la tecnología.

Además, añaden que esta capacidad lo es de una forma inherente al ser humano, puesto que desde el momento de su nacimiento lo hace con libertad, no siendo esta otorgada ni concedida por ningún ordenamiento jurídico. Por el contrario, si se reconoce que la capacidad de obrar no lo es del ser humano y si se le otorga, de manera que cuando el sujeto se encuentra en una edad determinada o con unas capacidades y aptitudes adecuadas para enfrentarse al mundo, se le concede la misma esperando de él un correcto uso.

2. CRIÓTICA

1. Definición y concepto

La criogenización es una técnica bastante conocida que se aplica tanto a los animales como a las plantas, por ello se nos plantea el problema de si lo podemos trasladar a la realidad humana. Esta, se definen como ‘el conjunto de técnicas medicas destinadas a criopreservar personas clínicamente muertas por cualquier enfermedad para una futura cura, cuando los avances técnicos y médicos lo permitan.’³⁴ Actualmente, en el mundo se encuentran alrededor de 2000 personas criogenizadas, por lo que este hecho, aunque selecto, es una realidad. Se habla no tanto de personas criogenizadas como tal, sino de cadáveres criogenizados, puesto que el fallecimiento es un acto constatado. Los debates que surgen en torno a esta práctica son múltiples, pero uno de los más importantes, es la necesidad de determinar el momento de la muerte biológica. Debemos establecer si para considerar a una persona muerta sirve tan solo con la llamada muerte clínica, es decir, con la parada del corazón y la actividad respiratoria a pesar del no cese de la actividad cerebral, o si por el contrario, se deberá esperar al cese de esta actividad. Esto será vital para la criogenización, puesto que para que el procedimiento sea efectivo, la congelación debe hacerse dentro de los primeros 10 minutos una vez se certifique la muerte del sujeto, para evitar cualquier daño irreversible de células.

Lo que la criogenización pretende, es el congelar una persona para poder resucitarla en un futuro, ya sea determinado o incierto, con el objetivo de que, con el paso del tiempo, la cura para la causa de su muerte este desarrollada, o hasta lograr una extensión artificial de la vida mediante, por ejemplo, la implantación de nano robots para evitar el envejecimiento de algunas células

³⁴ LLEDÓ YAGÜE F/MONJE BALMAEDA O. La criogenización: El vencimiento de la muerte, los derechos del “ser criónico” renacido. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada= Law and the human genomereview: genetics, biotechnology and advanced medicine*, 2019, no 50, p. 117-159

del cuerpo humano. En ningún momento hay garantías plenas de que la persona criogenizada vuelva a la vida.

Esta posibilidad que nos está brindando la ciencia y la medicina, es la posibilidad que se le abre al ser humano de vivir más allá de la muerte, en un futuro incierto pero posible, superando el coste de la vida, y llevando a los seres humanos a la tan ansiada inmortalidad. Se trata de prolongar la vida en el mejor estado físico y mental en el que se pueda encontrar el sujeto, no de alargar una vida no deseada, además de que se procedería a la sustitución de los tejidos dañados. Esta posibilidad de volver a la vida no es tan perfecta como parece, puesto que se da la problemática de que si se consiguiera despertar el sujeto en algún momento, podría tener sentimientos encontrados por verse obligado a vivir en un mundo que no le pertenece, con unos conocimientos desactualizados y unas capacidades tanto físicas como mentales limitadas, llevándole la situación tan abrumadora del momento a acabar con aquello por lo que tanto luchó, su propia vida, planteándonos incluso la regulación de la eutanasia.

No hablamos solo de la posibilidad de criogenizar un cuerpo humano, sino la posibilidad de criogenizar el cerebro para implantarlo a un robot, o a un cuerpo robótico, consiguiendo así un nuevo plano existencia para el ser “humano”, ya que tendríamos en dicho cuerpo cibernético una copia de seguridad de nosotros mismos. De tal manera, diremos que existen dos modalidades de criogenizar un cuerpo: la congelación del cuerpo entero, o tan solo del cerebro, para la preservación del yo y liberación del cuerpo físico por posibles limitaciones que pueda tener.

Tenemos el ejemplo de una niña británica de 14 años³⁵, que poco antes de su muerte ganó la batalla de la criogenización, permitiéndoselo con el fin de poder ser curada en un futuro³⁶. Este caso, resuelto por el Tribunal Superior de Londres, puesto que sus padres no se ponían de acuerdo en cuanto a la criogenización de la niña, falló en favor de esta última. La niña manifestó al juez que lo único que quería era vivir, y que, tras informarse de la criogenización en Internet, vio una salida para la cura de su cáncer, puesto que siendo tan joven no quería morir a pesar de que era inevitable. De cualquier manera, tenemos que tener en cuenta también la visión del padre, que declaró que, tras la criogenización de la niña, siendo tan joven, si se despertara en un futuro incierto y desconocido para ella, podría sentirse perdida y desesperada. El juez en cuestión una vez vista la suficiente capacidad mental de la niña, dio el visto bueno a la criogenización de la misma, haciendo caso omiso a los

³⁵ ALVAREZ TUDELA, Rita. “Una niña de 14 años con cáncer terminal gana la batalla legal para ser congelada.” La voz de Galicia, 2016. <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2016/11/18/nina-britanica-gana-batalla-legal-congelar-cuerpo-tras-muerte/00031479459452553889985.htm> (Última consulta, 19 de mayo de 2020).

Equipo Concierto. Cl. “Niña inglesa de 14 años es congelada para ser revivida en el futuro” Concierto, 2016. <https://www.concierto.cl/2016/11/nina-inglesa-14-anos-congelada-revivida-futuro/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

LOMAZZI, Carolina. “Receta inmortal: la misteriosa historia de la niña inglesa que murió y fue congelada”. Infobae, 2017. <https://www.infobae.com/salud/ciencia/2017/02/24/receta-inmortal-la-misteriosa-historia-de-la-nina-inglesa-que-murio-y-fue-congelada/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

VENTOSO, Luis. “Una niña inglesa de 14 años gana el derecho a ser criogenizada tras morir de cáncer”. ABC, 2016. https://www.abc.es/sociedad/abci-nina-britanica-gana-batalla-legal-para-congelar-cuerpo-tras-muerte-201611181105_noticia.html (Última consulta, 26 de junio de 2020).

argumentos del progenitor. Otro de los casos es Javier³⁷, que con 48 años falleció a causa de un problema cardiovascular y se procedió a criogenizar su cerebro, para poder revivir, en un futuro, cuando se desarrolle cura para su situación.

En cuanto a la parte jurídica, que es la que nos compete, debemos plantearnos si la persona o el sujeto que vuelve a la vida una vez criogenizado es la misma que murió u otra diferente. Con la muerte anterior del sujeto, se procedió a una partida de defunción y repartición de herencia, quedando pendientes con la “resurrección” del sujeto multitud de preguntas, como, por ejemplo, la situación legal de sus bienes y derechos pre-mortem. Ante estos escenarios, debemos plantearnos si la creación de un nuevo estatuto de personas es necesario en caso de que la criogenización y lo relacionado con ella llegue a su auge. En líneas de las recomendaciones dadas por el Consejo de Europa, el tema de la criogenización sigue adelante en la sociedad sin vistas de atenuarse. De acuerdo con sus recomendaciones, en los próximos años debemos tomar conciencia de estas nuevas personalidades que están surgiendo, dándoles personalidad jurídica y regulación específica.

Así mismo, otro de los puntos que debemos tener en cuenta es la matización sobre quién será el que abone la cantidad correspondiente al almacenamiento y conservación del cadáver criogenizado por el tiempo en el que este lo esté.

I. El vencimiento de la muerte y los derechos del ‘ser criónico’ renacido

Tomando como referencia el artículo con este el mismo nombre escrito por D. LLEDÓ YAGÜE y D. MONJE BALMASEDA, diremos que el debate que se nos plantea es a nivel médico, tecnológico y jurídico. En este último plano, desde el derecho de herencia hasta el sistema de pensiones y seguros se tambalean, desestabilizando toda la estructuración moderna de la sociedad tal y como la conocemos. La personalidad jurídica del sujeto quedaría extinguida, puesto que en el momento de su fallecimiento este hecho se inscribiría en el Registro Civil. Si en el futuro dicho sujeto vuelve a la vida, se debería considerar como un hecho jurídico nuevo, abriendo así un nuevo folio registral. No podríamos hablar de una recuperación de la capacidad del fallecido por estar en una situación irrevocable, la muerte. La regulación de la personalidad jurídica de estas personas debería incluir una serie de especificaciones en cuanto a si incluye todo el cuerpo o tan solo el cerebro para su posterior incorporación en un ente robótico.

Otro punto para tener en cuenta es el relativo a los servicios que se deberán contratar, en calidad de arrendamiento³⁸, para preservar ya sea el cuerpo o el cerebro criogenizado durante esa etapa. Este hipotético contrato de depósito³⁹

³⁷ REGO, Francisco. “El cerebro criogenizado de Javier”. El Mundo, 2017. <https://www.elmundo.es/cronica/2017/01/27/5882425222601d475e8b4682.html> (Última consulta, 19 de mayo de 2020).

ROMANOS, Justo. “¿Quién es el primer español en criogenizar su cerebro?”. La República, 2017. <http://quecomoquien.republica.com/ciencia/quien-es-el-primer-espanol-en-criogenizar-su-cerebro.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

³⁸ GARCÍA, Vanesa. La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción? *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Enero-Julio 2020, no 16.

³⁹ Artículos del 1758 al 1784 del Código Civil.

estaría sujeto a una conclusión suspensiva tan incierta como la vida misma. Los herederos y causahabientes del fallecido con el depósito dispondrán la posibilidad y facultad de desistimiento unilateral por su parte, a pesar de que en el contrato se haya establecido un plazo o término concreto.

No se contempla la extensión de la personalidad jurídica de una persona, puesto que como hemos mencionado anteriormente, la declaración de fallecimiento reposa sobre un hecho cierto, verídico y jurídicamente claro, con su correspondiente inscripción en el Registro Civil al que le respalda el certificado médico de defunción.

El artículo 62 del LRC⁴⁰ establecen que, con la declaración de fallecimiento y la posterior inscripción, se cierra el registro individual de una persona en el Registro Civil, por lo que no habrá posibilidad de reabriese en caso de la vuelta a la vida del criogenizado, debiendo abrir un nuevo asiento. Estamos hablando de una persona renacida pero muerta para el Registro. La extinción de la personalidad jurídica termina con las relaciones jurídicas que se puedan tener, como presupuesto inexcusable a la existencia de la persona. Por lo que supone la disolución del matrimonio (art 85 CC), provoca la extinción de la patria potestad (art. 169 CC), de la tutela (arts. del 276 al 273 CC) y de la deuda alimenticia entre parientes (arts. del 150 al 152 CC).

Consideramos que en el estatuto jurídico del ser criogenizado deberíamos definir el parentesco genético del mismo. Encontramos dos elementos claros para la declaración del fallecimiento. El primero de ellos sería la declaración, que afecta a los parientes cercanos del difunto, así como toda persona cercana que tenga conocimiento de la muerte. El segundo sería el parte médico de defunción, como señal inequívoca para poder proceder a la inscripción. La resurrección sería un nuevo hecho que se debe inscribir en el Registro Civil, debiendo acreditar un nuevo estado, y modificar los hechos y actos inscribibles del artículo 4 LRC⁴¹ porque se ha de entender que el ser renacido sea crionico. Conforme al artículo 5 LRC⁴², esa nueva persona ya contiene un registro civil

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil II. *Tecnos. Reimpresión de la 9ª edición*, 2001.

Grupo Servilegal Abogados. "Regulación del contrato de depósito". Servilegal Abogados, 2019. <http://www.gruposervilegal.com/requisitos-y-regulacion-del-contrato-de-desposito/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁴⁰Artículo 62.4 RC: "La inscripción de la defunción cerrará el registro individual. En ningún caso, el código personal podrá volver a ser asignado".

⁴¹ Artículo 4 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: "Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: El nacimiento, la filiación, el nombre y los apellidos y sus cambios, el sexo y el cambio de sexo, la nacionalidad y la vecindad civil, la emancipación y el beneficio de la mayor edad, el matrimonio la separación, nulidad y divorcio, el régimen económico matrimonial legal o pactado, las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones, la modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas, la tutela, la curatela y las demás representaciones legales y sus modificaciones, los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, la autotutela y los apoderamientos preventivos, las declaraciones de ausencia y fallecimiento y la defunción."

⁴² Artículo 5 de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: "Cada persona tendrá un registro individual en el que constaran los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley. El registro individual se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique. En dicho registro se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil."

individual, que refleja la identidad de su vida pasada, de ahí que se deba establecer un nuevo hecho o acto inscribible que generase un nuevo registro individual.

La no inscripción en el Registro Civil conlleva la negación de los derechos, por lo que el nuevo nacido no tendría ninguno, ni el de el otorgamiento de un nombre siquiera y, por tanto, tampoco sería posible la inscripción de ningún acto o estado civil, por lo que sería un ser jurídicamente inexistente.

Anteriormente hemos mencionado que la personalidad jurídica del renacido sería diferente a la del ser fallecido con anterioridad, pero nos queda la duda de que relación jurídica tendría con la anterior personalidad. Desde siempre se ha establecido el nacimiento como el comienzo de la capacidad jurídica, pero la criogenización nos hace pensar en un nacimiento bis. De primeras, a este sujeto que vuelve a la vida, no se le podría reconocer capacidad de obrar por encontrarse en un mundo nuevo para él y por haberse quedado obsoleto en sus relaciones jurídicas, debiendo aprender a desaprender lo vivido para adaptarse al nuevo mundo del que ahora deberá hacer su hogar. ¿Por tanto, lo declaramos incapaz? ¿O le deberemos asignar un tutor o guardador hasta su ‘madurez’?

En el caso de que se acepte la inscripción en el Registro Civil, debemos determinar si el nombre y apellidos que se le otorgan son los mismos que tenía anteriormente o si, por el contrario, deberán ser nuevos. Este sujeto no puede cogerse por analogía a la recuperación de la nacionalidad, y la capacidad de obrar dependerá de la evolución vital del sujeto en el mundo en el que despertó, por ello, que el ser crionico renacido sea mayor de edad, no influye para su capacidad de obrar.

Desde el ámbito patrimonial no recobraría ningún bien ni derecho al precio sobre el que vendieron sus bienes, y mucho menos reclamar rentas o frutos obtenidos de los bienes de la sucesión. Esto no es posible porque la muerte en un hecho cierto y jurídicamente relevante, con el que se da apertura a la sucesión, siendo una situación jurídica inevitable. No podría reclamar nada y, por lo tanto, tendría que empezar de cero, sin ningún tipo de bien ni fideicomiso de los arts. 781 y 783.

En cuanto a la herencia, una vez declarada muerta una persona, con su inscripción en el correspondiente Registro Civil, se procederá a la llamada de los herederos y a la repartición de la misma. Aquí nos encontramos varias posibilidades de que el sujeto haya planteado un testamento fideicomisario para que la administración la lleven los futuros herederos. Si el sujeto vuelve a la vida después de 30 años, los plazos de prescripción han pasado, por lo que no podrá reclamar ningún bien anterior. Por eso, existe la posibilidad de establecer un contrato para recibir la herencia, una especie de herencia condicional, en la que se hereda con la condición de devolver los bienes, así como sus frutos y rentas si los hubiere, al criogenizado una vez despertara. Se nos hace difícil imaginar en posesión de un robot o cualquier tipo de inteligencia artificial una herencia yacente o una comunidad de bienes, por decir supuestos, por lo que diremos, como bien explican ÓSCAR MONJE BALMAEDA y FRANCISCO LLEDO YAGUE en su artículo “Retos de nuestro tiempo. La crionica en seres humanos. El debate de la persona electrónica y la revolución robótica”⁴³

⁴³ LLEDÓ YAGÜE F/MONJE BALMAEDA O. Retos de nuestro tiempo: La criónica en seres humanos. El debate de la persona electrónica y la revolución robótica. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2018, no 13, p. 19-25.

correspondería al dueño del robot dichos beneficios. Los herederos de tercera o cuarta generación se encontrarían con una deuda perpetua, y si rechazan la herencia estaríamos en una especie de devolución por parte del depositario, debiendo asumir los costes si pretenden liquidar el contrato de depósito.

También nos debemos plantear si el tiempo en el que el cuerpo está criogenizado se podrá computar como tiempo de condena en caso de delitos penales. Así mismo, se abrirán nuevas puertas para los contratos de seguros, donde se deberán centrar más en la resurrección del criogenizado que en el seguro de su muerte en sí. Y en ámbito mercantil, se dibujará un nuevo camino a una regulación de derecho subjetivos para las acciones de los robots, planteándose si se podrán equiparar estas con las comunes que poseen los apoderados o factores.

II. El mito de la inmortalidad y la criogenesis⁴⁴.

En primer lugar, haremos mención a la muerte como hecho jurídico relevante en cualquier rama del Derecho. La muerte de un sujeto supone la extinción de la personalidad jurídica, y junto con ella, derivan una serie de acontecimientos tanto en relación con los supervivientes a este, como lo son la apertura de la herencia y repartición de la misma, como para con el fallecido, como puede ser cumplir sus últimas voluntades o darle un entierro o sepulcro digno, según las creencias y religiones de la familia y allegados. En el momento de la muerte de un sujeto la vida de este no se paraliza de manera repentina, sino que da una muerte progresiva de los órganos y demás tejidos que no hayan tenido interacción alguna con la causa del fallecimiento del sujeto, debiendo diferenciar una vez más lo expuesto con anterioridad, la muerte real de la muerte clínica.

El lapso de tiempo que se da entre la muerte clínica y la muerte real es el tiempo que se tiene para actuar, cuando se debe proceder a la iniciación de la criogenesis del cuerpo humanos (si la familia o el sujeto así lo quiso), resultando de suma importancia tener claros los conceptos de muerte para poder determinar ante cuál de ellas nos encontramos y proceder a una actuación u a otra. Si bien es cierto que la congelación puede reducir el proceso de envejecimiento o alteración de los tejidos u órganos, los implantes de nanotecnología para la regeneración de los mismos también son una opción, pudiendo incluso llegar estas ‘mini máquinas’ a cumplir funciones concretas del organismo de un humano. Pero ¿qué pasa si la congelación se lleva a cabo de manera errónea, o si estos nano robots no cumplen con su función?

No hablamos de la posible negligencia de la clínica de criogenia o la responsabilidad civil o penal que pueda tener la misma, sino a las consecuencias dañinas de esta actuación con respecto a la vida futura del ‘casi’ cadáver crionico. Para dar respuesta a esta pregunta, atenderemos a VIOLANT BORDONAU⁴⁵ que establece que, si en algún momento se produce alguna alteración, el órgano a sufrir de manera indudable y predispuesta sería el cerebro, que con la falta de oxígeno en el mismo (hipoxia), se deteriorara de manera irreversible. Por lo que, ante una alteración o mala actuación de los

⁴⁴ LLEDÓ YAGÜE F. Darwin. El mito de la inmortalidad y la criogénesis, ¿existen derechos en un ser criopreservado después de la recuperación vital? Fantasía y realidad inimaginable / Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum. *Tirant lo blanch*, 2019, p.201-228.

⁴⁵ LLEDÓ YAGÜE F/. Darwin. El mito de la inmortalidad y la criogénesis... *op.cit.*, p.201-228

profesionales en el acto de criogenización, el motor central del cuerpo humano quedaría dañado, los fallos internos irían derivando, dando como resultado la muerte irreversible e indudable del sujeto en todos sus planos, tanto físico, con los órganos y tejidos, como metafísico, como lo son los recuerdos, aprendizajes y similares, reduciendo su posibilidad de renacer en un futuro incierto, haciendo este futuro más evidente que nunca.

Si bien es cierto que la criogenización de personas es un hecho, nos planteamos la posibilidad que tienen de renacer en un futuro, y como podrán ser dañadas o mejoradas por factores externos o internos. En estos casos la discusión y el debate están asegurados, puesto que mientras que algunos autores consideran que el avance tecnológico en los años venideros va a ser tal calado como para tener que estar preparados para los escenarios y retos que nos propondrán, otros tan solo piensan en estos avances como una cosa lejana a sus vidas (e incluso a las de sus nietos y bisnietos) y que una regulación para las mismas es una pérdida de tiempo, de tal manera que lo conveniente es invertir en desarrollar curas en vida, en vez de esperar a que un futuro incierto nos las dé.

Por ello, la variedad de posiciones que se dan en torno a este tema es tan variada y múltiple como las personas que las aportan. Por nombrar un ejemplo, tenemos a los llamados Transhumanistas, asegurando estos que la conexión y la dependencia entre la medicina, la tecnología y el derecho es un escenario que estamos viviendo en estos momentos, y que viviremos por el resto de nuestros días, dándose de una manera imparable, con el fin de llegar a una condición que este más allá de lo humano.

Que la idea de inmortalidad no ha venido con la tecnología es algo conocido por todos, pero lo que sí ha venido junto con ella ha sido la idea de que esta situación sea posible, tomando de base el desarrollo tan abrumador y aplastante que está teniendo la misma y su facilidad de adaptación en nuestras vidas, así como la previsión de seguir creciendo de manera imparable.

La situación legal de un cadáver criogenizado es la muerte, puesto que en estos momentos y con la actual regulación que hay, no hay posibilidad de extensión del registro individual de una persona, o una posible doble anotación en el mismo libro de dos vidas de un mismo ser. Si bien es cierto que en la regulación de la que gozamos en estos momentos no hay cabida para una vuelta a la vida de una persona, tampoco podemos achacar nada a los legisladores o juristas que en su momento redactaron las normas vigentes, puesto que debemos tener en cuenta el escenario ante el cual regularon, y los desarrollos y acontecimientos que sucedieron – o no- para hacerlo de una manera u otra. Pero en los momentos que estamos viviendo y con los cambios que está dando la sociedad, es el escenario perfecto para regular estas nuevas realidades que poco a poco van a ir en aumento en un futuro, y en este caso no incierto, sino tan real como la vida.

Siguiendo lo establecido por LLEDÓ YAGÜE, el transcurso del tiempo es el mejor aliado en estos momentos, puesto que, con el paso de los años, tanto la medicina como la tecnología se desarrollarán de una manera que nos permitirán conseguir fines comunes, otorgando al futuro avances y soluciones que tanto deseamos las personas de este tiempo, pero a la vez que tanto miedo nos dan, a pesar de que lo buscamos de manera incansable. Por ello, el Derecho, en este desarrollo que ya estamos visualizando, no puede jugar un papel

secundario con una importancia menor dejando sin regulación específica a los seres humanos y a la sociedad que conforman. E incluso aunque la idea de inmortalidad o criogenización del de los sujetos entre en conflicto, ya no solo con opiniones o ideas, sino con religiones y creencias, debemos tener en cuenta que el mejor desarrollo que se puede dar en un futuro en la sociedad, lo es en todos los aspectos, pudiendo crear una convivencia pacífica entre los diferentes sujetos que se surjan, con el dialogo y el respeto como base de una comunidad bien formada. Si esto no ocurriera así, en el mundo ocurrirían una serie de catástrofes que no solo repercutirían en los no humanos, sino también en nosotros mismos, siendo incapaces de haber conseguido nuestro objetivo de vida eterna y además, nuestros propios enemigos, boicoteándonos unos a otros y haciéndonos partícipes de nuestra propia desgracia.

3. PERSONA ROBÓTICA CIBERNÉTICA

Quiero Para empezar el estudio de este apartado, estableciendo una relación entre el derecho y las personas robóticas cibernéticas⁴⁶, debemos adentrarnos un poco dentro del mundo de la robótica. Esta palabra viene del checo ‘robota’⁴⁷, que significa trabajador, pero en el sentido más precario de la palabra, llegándolo a comparar incluso con un siervo, determinando a los robots de esclavos electrónicos. Cabe mencionar la figura del matemático ALAN TURING y su artículo “Computing machinery and intelligence⁴⁸” de 1950, creando así lo conocido como Test de Turig. Considerado uno de los padres de la tecnología de la información, nos resuelve la duda que llevamos planteando a lo largo del trabajo sobre hacia qué dirección nos lleva la evolución de las máquinas y en qué parte de la misma queda ubicado el ser humano y su propia evolución.

Este matemático desarrolló un método por el cual podremos saber de manera científica si una máquina o ser robótico puede pensar por sí mismo o no, pudiendo determinar tanto su función para con la sociedad, como las medidas que habrán de ser adoptadas con él. Lo que pretende el Test es que una máquina con capacidades verbales y un ser humano sean capaces de mantener una conversación lógica y coherente. Tras 5 minutos de conversación, el ser humano que la evalúa deberá ser convencido por la máquina de que lo que está detrás de la pantalla no es nada más ni nada menos que un igual.

Otro de las eminencias en este campo digno de mencionar, es el del científico KEVIN WARWICK⁴⁹ erudito de la inteligencia artificial, y cuyo campo de

⁴⁶ MOISES BARRIO, Andrés. “Robótica, inteligencia artificial y Derecho”. Real Instituto Elcano, 2018.

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari103-2018-barrioandres-robotica-inteligencia-artificial-derecho (Última consulta, 26 de junio de 2020).

VALENTE, Luis Alberto. La persona electrónica. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2019, no 49, p. 001-001.

⁴⁷ VISO, Esteban. “El origen de la palabra robot”. Xataka ciencia, 2006. <https://www.xatakaciencia.com/robotica/el-origen-de-la-palabra-robot> (Última consulta 26 de junio de 2020).

⁴⁸ TURING, Alan. Computing machinery and intelligence, 1950. (FUENTES Barassi, Cristóbal, trad. 2010, Universidad de Chile). <http://xamanek.izt.uam.mx/map/cursos/Turing-Pensar.pdf>

⁴⁹ WARWICK, KEVIN (1954, -): científico, ingeniero y profesor. Conocido sobre sus investigaciones y trabajos en el campo de la robótica. PASCUAL, Alfredo. “Invertir en curar el cáncer es perder el tiempo. ¡Olvidémonos del cuerpo!”. El Confidencial, 2014.

experimentación son la robótica y los cyborgs. Él se plantea cómo sería un mundo en el que las máquinas y los seres humanos llevarían una vida de iguales, incluso pudiendo llegar a fundirse en una sola, combinando un cerebro humano con las herramientas tecnológicas que se puedan correlacionar. Ahí tenemos el ejemplo de Google, que junto con la farmacéutica Abbvie, están llevando a cabo el proyecto Calico.⁵⁰

Los expertos consideran el Test de Turing⁵¹ como la piedra angular del IA, aunque otros creen insuficiente dicho Test para comprobar la veracidad de la vida de las máquinas. Actualmente ninguna de las máquinas expuestas al Test lo pasa, por lo que no supondrá un gran problema a corto plazo la revolución del *software*. A pesar de esto, se nos refleja un problema mayor, puesto que, si hiciéramos dicho Test a una serie de personas y un tanto por ciento, por mínimo que sea, determina que no es una persona, sino que posee conciencia y actos de robot, y no pasando el Test de Turing, ¿deberíamos desprestigiar a esa persona y bajar su capacidad tanto de obrar como personal por no considerarlo humano?

Para TURING la inteligencia artificial tan solo la podremos considerar inteligencia cuando no seamos capaces de distinguir la misma, o el robot que la posee, y un ser humano normal, considerando que la máquina ha llegado ya al grado de madurez requerido. En este momento es cuando las líneas de la capacidad, y en general de la vida humana tal y como la conocemos, se desdibujan, pudiendo enamorarse de un robot, matarlo, sentir odio, quererlo como a un familiar y un sinfín de sentimientos que serán aceptados y legalizados, o deberían, por ser transmitidos a una persona con inteligencia artificial oficialmente establecida. En este momento los límites de la capacidad deberían redibujarse, debiendo otorgar y hacer mención durante todo el CC al robot como persona capaz de llevar a cabo no cualquier acto jurídico, sino siendo capaz en todos los aspectos de la vida, debiendo llevar aparejada una regulación con ello⁵². Una de las aplicaciones para el Test de Turing que más común y a mano tenemos es el llamado CAPTCHA⁵³, una prueba automática para poder diferenciar a los humanos de los robots.

I. Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica

La humanidad se encuentra en un punto sin retorno conforme a la tecnología y robótica, y lo único que nos queda ahora es avanzar hacia el bien común, siguiendo los parámetros de la tecnología para su implantación y mejora de la vida y calidad humana. La inteligencia artificial es a día de hoy un pilar

https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-03-04/invertir-en-curar-el-cancer-es-perder-el-tiempo-olvidemonos-del-cuerpo_95957/ (Última consulta, 26 de junio de 2020).

⁵⁰ LLEDÓ YAGÜE F. La criogenización... *op. cit.*, p. 117-159

⁵¹ GUZMÁN Oscar. "Midiendo la Inteligencia Artificial: El Test de Turing". Planeta Chatbot, 2017 <https://planetachatbot.com/midiendo-la-inteligencia-artificial-el-test-de-turing-5243d1d5ead2> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁵² SANTOS GONZÁLEZ, María José. Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro= Legal regulation of robotics and artificial intelligence: future challenges. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2017, no 4, p. 25-50.

⁵³ VEGA, Omar Antonio; VINASCO-SALAZAR, Ronald Eduardo. CAPTCHA: ¿solución para la seguridad informática o problema para la accesibilidad/usabilidad web?. *e-Ciencias de la Información*, 2014, p. 1-14.

fundamental en la sociedad, siendo los iniciadores de una verdadera revolución industrial. Resulta de vital importancia que los legisladores prevean las situaciones o las regulen de forma unánime. Teniendo en cuenta que el desarrollo de los robots conlleva una gran ayuda para la industria, incluso para la vida común, debemos determinar la legislación civil correspondiente a los mismos, no sólo para su salvaguardia o para el conocimiento de temas relacionados con la seguridad social o similares, sino también para la seguridad física de las personas humanas ante un fallo de sistema de un robot, o ante un fallo de programación, así como para la salvaguardia de la dignidad humana en los procedimientos en los que los robots les sustituyan, o en aquellos programas de inserción de robots que cuidarán de mayores, teniendo que asegurar su bienestar a la hora de prestar su cuidado y hacerles compañía.

Así como establece este proyecto ‘existe la posibilidad de que dentro de unos decenios la inteligencia artificial supere la cantidad intelectual humana de un modo tal que, de no estar preparados para ello, podría suponer un desafío a la capacidad de la humanidad de controlar su propia creación, y por ende, quizás también a la capacidad de ser dueña de su propio destino y garantizar la supervivencia de la especie’⁵⁴

Este proyecto establece una serie de normas en materia deontológica y de responsabilidad civil para con los robots y nuevas inteligencias artificiales, expresando valores humanos y dignos de la comunidad europea. Esta serie de normas siguen la pauta que marco hace más de 60 años el escritor y profesor de bioquímica estadounidense de origen ruso ISAAC ASIMOV con las conocidas como Tres leyes de la Robótica⁵⁵: “1. Un robot no hará daño a un ser humano, o por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño. 2. Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entrasen en conflicto con la primera ley. 3. Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.”

Esto nos invita a pensar en la categoría jurídica que les otorgaríamos a los robots, si debemos clasificarlos en uno de los escenarios ya planteados (animales, personas físicas, jurídicas u objetos) o si, por el contrario, se debería

⁵⁴ Apartado I de la Introducción de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica: “Considerando que, en última instancia, existe la posibilidad de que, dentro de unos decenios, la inteligencia artificial supere la capacidad intelectual humana de un modo tal que, de no estar preparados para ello, podríasuponer un desafío a la capacidad de la humanidad de controlar su propia creación y, por ende, quizás también a la capacidad de ser dueña de su propio destino y garantizar la supervivencia de la especie”

VALENTE, Luis Alberto. La persona electrónica. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2019, no 49, p. 001-001.

GARTEIZ, Gonzalo. El Parlamento Europeo reclama normas de Derecho Civil para robots autónomos. *La Celosía*, 2016.

<http://www.lacelosia.com/el-parlamento-europeo-reclama-normas-de-derecho-civil-para-robots/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

L.LACRUZ MANTECÓN, Miguel. Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?. *Diario La Ley*, 2019, no 9376, p. 2.

RIUS, Mayte. ¿Urge regular ya los derechos de los robots en Europa? *La Vanguardia*, 2018. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180417/442631680924/derechos-robots-ue-persona-electronica-ia.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

⁵⁵ G. BEJERANO, Pablo. “Qué dicen las tres leyes de la robótica de Isaac Asimov”. *Blogthinkbig.com*, 2017. <https://blogthinkbig.com/que-dicen-las-tres-leyes-de-la-robotica-de-isaac-asimov> (Última consulta, 19 de mayo de 2020).

establecer una nueva categoría para todos ellos, con ‘sus propias características y repercusiones, en lo que se refiere a la atribución de derechos y obligaciones, incluida la responsabilidad por daños’⁵⁶.

En el actual marco jurídico, la inteligencia artificial no puede ser responsable de cualquier acto u omisión que pueda causar daños a terceros, puesto que las leyes actuales nos permiten remontar hasta encontrar el contacto humano detrás de la maquinaria, imputándole a él los daños, asumiendo que dicho agente pudo haber evitado dicho daño. Considerando que un robot pueda aportar y tomar las decisiones que crea conveniente, deberemos establecer un nuevo marco jurídico en el que demos cabida a una realidad más presente que nunca, donde los robots podrán ser imputados por responsabilidad civil, asumiendo la deficiente regulación hasta el momento.

Encontramos la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985⁵⁷, que tan solo cubre los daños ocasionados por robots en cuanto a los defectos de fabricación se refiere. Esta no otorga el marco jurídico correspondiente a las necesidades del momento, puesto que dotar a los robots de autonomía puede llevar a una capacidad de adaptación y aprendizaje imprevisible para el ser humano. Se considera que se debe llevar a cabo una serie de registros, como una especie de censo, en cuanto a los robots se refiere, clasificándolos e identificándolos. Establecen que ‘las doctrinas y los regímenes jurídicos vigentes pueden aplicarse’ fácilmente a la robótica, enfocándose en gran medida en los derechos de propiedad industrial, incorporando también a la misma ‘garantías relativas a la privacidad y la protección de datos, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad’⁵⁸. Todo esto pretende evitar que los robots en los que confiamos, como hacemos actualmente con las contraseñas, o cualquier otro tipo de datos personales, lo utilicen como ‘moneda de cambio’, incumpliendo los principios del derecho a la intimidad y la protección de datos.

En cuanto a la responsabilidad civil de los robots, considera como cuestión fundamental el hecho de poder garantizar una serie de principios de transparencia, coherencia y seguridad jurídica en beneficio de toda la comunidad. Así mismo, conforme al artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, piden a la comisión una ‘propuesta de instrumentos legislativos sobre los aspectos jurídicos de la evolución robótica’⁵⁹, o lo que es lo mismo, ubicar a la inteligencia artificial dentro de un marco jurídico específico. Se propone la revisión permanente de la regulación de la inteligencia artificial ante un desconocimiento de la evolución de la misma. Se determina que no se debe limitar de ninguna manera la responsabilidad de dichos robots, ni en materia de resarcimiento de daños, o su alcance, así como en la compensación y su método, aplicando la responsabilidad objetiva,

⁵⁶ Apartado T de la Responsabilidad...*op. cit.*: “sus propias características y repercusiones en lo que se refiere a atribución de derechos y obligaciones, incluida la responsabilidad por daños”.

⁵⁷ Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembro en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1985-80678> (Última consulta, 19 de mayo 2020).

⁵⁸ Apartado 10 de Derechos de propiedad intelectual y flujo de datos de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.

⁵⁹ Apartado 25 de la Responsabilidad de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica junto con el artículo 114 del TFUE.

probando que real y verdaderamente se ha producido un daño y estableciendo por ende un nexo causal entre el comportamiento del sujeto, en este caso nuestro robot, y el daño.

Así mismo se deberá aplicar una compensación o pena proporcional al daño causado, siempre teniendo en cuenta las instrucciones dadas y la autonomía que se lleva a cabo, siendo estos actos de más los que valdrán para la evaluación de los daños en un mayor o menor grado. Cuanto más sea la capacidad de aprendizaje o más larga haya sido la educación dada por el robot, mayor será la responsabilidad de profesor, llamémoslo así, puesto que las ‘competencias adquiridas a través de la educación de un robot no deberían confundirse con las competencias estrictamente dependientes de su capacidad de aprender de modo autónomo’.⁶⁰

Así mismo establece la posibilidad de instaurar un seguro obligatorio para con los robots, al igual que se hace con los automóviles, cubriendo no solo las actuaciones humanas a través del robot, sino los fallos de sí mismo que se den. También se dan una serie de directrices a seguir en cuanto a la implantación del instrumento legislativo que se quiere implementar. Estas soluciones o recomendaciones que expone son:

En primer lugar, el establecimiento de un seguro obligatorio, como hemos mencionado anteriormente, similar al de los vehículos o automóviles, donde los fabricantes deberán suscribir el contrato de seguro por los posibles daños que puedan ocasionar.

En segundo lugar, el establecimiento de un fondo de compensación para garantizar la compensación de los daños causados ante la ausencia de seguro, y también para cubrir los riesgos que puedan ocasionar las actuaciones del robot en cuestiones como inversiones, donaciones y actos similares.

En tercer lugar, un régimen de responsabilidad limitada para el fabricante o dueño, en la medida en la que se pueda garantizar el fondo de compensación de los robots invocándose tan solo los daños materiales previstos dentro de este fondo.

En cuarto lugar, la decisión de crear un fondo para los robots autónomos inteligentes o crear uno individual dependiendo de la categoría del mismo.

En quinto lugar, la creación de números de inscripción que figure en un hipotético registro específico de la UE, garantizando la correlación entre el fondo de compensación y el robot, siendo este último consciente en todo momento de los límites de su responsabilidad y cuestiones similares.

En sexto lugar, la creación de la personalidad jurídica para robots, de modo que, en un principio, serán los ‘robots autónomos más complejos’⁶¹ los que serán considerados como verdaderas personas electrónicas, con todos los derechos y obligaciones pertinentes para su caso, incluso algunos específicos, ‘incluida la obligación de reparar los daños que puedan causar’⁶². Esta posibilidad denominada como ‘personalidad electrónica’, se les aplicaría a los robots siempre que estos tengan autonomía suficiente como para tomar decisiones y actuar de forma inteligente.

⁶⁰ Apartado 28 de la Responsabilidad... *op. cit.*

⁶¹ Subapartado f) del apartado 31 de la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica

⁶² Subapartado f) del apartado 31... *op. cit.*

Se debe tener una definición conocida por todos los ordenamientos jurídicos para poder aplicar la legislación que convenga. Para ello, se establecen una serie de características a tener en cuenta, como la capacidad de aprendizaje mediante experiencia e interacción o la adquisición de autonomía mediante sensores o similares, así como la forma física de robot y la capacidad de poder adaptar su comportamiento y sentimiento a las acciones del entorno, adecuándolas a lo necesario en los diferentes escenarios.

En el apartado de Derechos Fundamentales encontramos una serie de directrices para el establecimiento de los mismos a los robots, salvaguardando en todo momento el bienestar de las personas y de la sociedad, haciendo una especial mención a la dignidad humana en cualquiera de sus facciones (física o psicológica). Mientras tanto, en el apartado de privacidad, hace mención al derecho de la intimidad y al respeto del mismo, debiendo asegurar que la información tan solo se utilizara de manera adecuada.

Habiendo estudiado de manera completa las recomendaciones otorgadas, diremos que tres son los objetivos que estas persiguen: potenciar la capacidad tecnológica e industria de la Unión Europea, adoptar un marco adecuado para las transformaciones socioeconómicas que surjan derivadas de estos escenarios, y el garantizar tanto una ética como un derecho apropiado para ello. Con las recomendaciones vemos clara la posición que quiere adoptar la UE con respecto a este tema, propiciando las inversiones y preservando los activos, intentando incorporar la IA a la economía. Para que esto suceda, se debe intensificar las inversiones relacionadas con la IA y la tecnología, aunando esfuerzos tanto el sector privado como el público para intentar aumentar gradualmente las mismas, con el fin de convertir a la UE en uno de los principales referentes, no perdiendo las oportunidades que le otorga este primer paso dado, puesto que, sino tan solo se convertirá en una consumidora de proyectos desarrollados en otros países, a sabiendas de que podían haber sido ellos.

El plano socioeconómico repercute y condiciona en gran manera muchas de las actuaciones que se podrán llevar a cabo en un futuro. Si bien es cierto que el miedo a que la IA desempeñe funciones, trabajos y profesiones hasta ahora hechas por seres humanos es muy común, también debemos mencionar los nuevos puestos de trabajo que se crearan conforme a las dependencias que tengamos las máquinas, ya sean especialistas en IA, profesiones relacionadas con el mantenimiento de las máquinas, técnicos informáticos y similares, así como profesiones biotécnicas o jurídicas más enfocadas a las nuevas realidades que viviremos, dejando atrás lo que conocemos hasta ahora. Esta evolución de las profesiones ya la hemos visto a lo largo de la historia con revoluciones industriales, por ejemplo, y esto se da puesto que el objetivo es el crecimiento común y conjunto de máquinas y personas y la convivencia pacífica.

Lo que se debe evitar a toda costa es un escenario donde unos y otros luchen por sobrevivir, o que el mundo se rija por 'la ley del más fuerte' ya que, si no somos capaces de controlar la IA en su inicio, justo en el momento en el que estamos ahora, esta avanzara de una manera abrumadora, siendo las personas biológicas las controladas por ellas. Por ello, la confianza entre máquina-humano es esencial para la evolución y desarrollo de la sociedad en todas sus formas y clases, debiendo ser responsables con la inteligencia artificial, pero sintiéndonos seguros ante y con ella en nuestras vidas.

II. *Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017 para un Derecho Civil sobre robótica*

Para analizar esta Resolución nos basamos en el Proyecto de informe emitido por la Comisión de Asuntos Jurídicos el 31 de mayo de 2016⁶³, ponente MADY DELVAUX, emitiendo el Parlamento Europeo su resolución el 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica.

Obviando el inicio de esta introducción con la mención a Frankenstein, diremos que esta Resolución equipara la revolución industrial vivida en el siglo XX con el proceso revolucionario que estamos viviendo hoy en día con los robots y la implantación de los mismos en nuestra vida. Destacamos de la Resolución, o de sus primeras hojas, el tono optimista con el que trata la implantación de los robots en la sociedad, acentuando su buen hacer y los avances en robótica conforme a ellos, considerando incluso la eficacia y la prosperidad que traerá a toda la sociedad. A pesar de esto, una vez nos introducimos en los considerandos, ese tono optimista desaparece completamente. Se pasa de enumerar los beneficios de estos sujetos, a enumerar los inconvenientes y posibles peligros que traen consigo los robots. Así, se plantean el lugar del ser humanos si todas las necesidades del mundo las cubren estos entes, pasando a un segundo e innecesario plano. En cuanto a la responsabilidad jurídica de los mismos, o derivada de ellos, se establece la capacidad de la robótica de superar la inteligencia humana con el paso de los años, reforzando la teoría del lugar de los humanos en un mundo ya avanzado y desarrollado para los robots. En resumen, los principios generales que se enumeran en la resolución vendrían a establecer la necesidad de implantar una serie de normas en materia de responsabilidad civil para con los robots, así como el establecimiento de principios éticos básicos para la convivencia con la inteligencia artificial.

A continuación, la Resolución enumera las materias en las que la regulación de la robótica debería incidir. Así mismo, consideramos la responsabilidad civil como la materia con mayor trascendencia en este cambio de regulación. Un

⁶³ DELVAUX, Mady. Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. *Comisión de Asuntos Jurídicos. Parlamento Europeo*, 2016, vol. 31. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_ES.pdf (Última revisión 26 de junio de 2020)

ROGEL VIDE, Carlos. Robots y personas. *Revista general de legislación y jurisprudencia*. N°1, 2018, págs. 79-90

GOMEZ, Alfredo. "Primeros pasos en la legislación de la robótica y la inteligencia artificial". Cremades y Calvo-Sotelo Abogados, 2017. <https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/primeros-pasos-en-la-legislacion-de-la-robotica-y-la-inteligencia-artificial/> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

CASTILLO, Toni. "Europa se plantea otorgar 'personalidad electrónica' a los robots mientras muchos expertos se posicionan en contra". Xataka, 2018. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/europa-se-plantea-otorgar-personalidad-electronica-a-los-robots-mientras-muchos-expertos-se-posicionan-en-contra/> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

SANCHEZ, Luis Javier. "La inteligencia artificial será regulada por la Comisión Europea: ¿Por cuál de los 5 planteamientos optará?". Conflegal, 2020. <https://conflegal.com/20200123-la-inteligencia-artificial-sera-regulada-por-la-comision-europea-por-cual-de-los-5-planteamientos-optara/> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

GARCIA, José. La estrategia Digital Europea y el Libro Blanco de Inteligencia Artificial ya son oficiales: estas son sus claves" Xataka 2020. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/estrategia-digital-europea-libro-blanco-inteligencia-artificial-oficiales-estas-sus-claves> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

ejemplo sería la responsabilidad jurídica por daños que puedan producir esta inteligencia en la toma de decisiones propias. Por ello, debemos determinar la naturaleza jurídica de los robots, siendo necesario establecer si la capacidad jurídica que les otorgamos tiene cabida en alguna ya enumerada por nuestro Código Civil, o si por el contrario debemos establecer una nueva con sus propias características.

El principal objetivo del Parlamento Europeo con estas recomendaciones es el establecimiento de un marco regulatorio claro ante el que tanto las personas como los sujetos tecnológicos puedan acogerse. Principios como la privacidad, la transparencia, diversidad y el bienestar social y medioambiental son algunos ejemplos sobre los que reposan las recomendaciones del PE, queriendo también cubrir las necesidades éticas que vendrán con la implantación del marco jurídico correspondiente. Aunque las dudas con respecto a la capacidad de Europa en este campo ya han sido expuestas por algunos países con más interacción con la tecnología, como lo son China y Estados Unidos, cierto es que se sienten reacios a dar el paso al marco legislativo, queriendo con este maximizar de una manera provechosa los beneficios que otorgan los sistemas de inteligencia artificial. Para la regulación y la implantación del marco jurídico del que estamos hablando, hay que tener en cuenta y redactar en base a los principios éticos anteriormente recogidos, siendo conscientes que en ningún momento dichos principios podrán superar al Derecho, no teniendo cabida de ninguna manera la justificación de la inaplicación de una u otra norma por considerarlas justas o injustas, por lo que la ética no podrá sustituir al Derecho de ninguna manera, evitando así la obsolescencia del derecho poniendo siempre con protagonistas a la persona biológica.

4. LISTADO DE REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

A. Libros

AGURTO GONZÁLES Carlos; GUADALUPE DIAZ DIAZ María-Pía. Capacidad jurídica: el histórico problema de una categoría fundamental en el derecho. A propósito de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo N°1384 en el libro de derecho de las personas del código civil peruano. Pág. 2.

BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. 2009. p. 353-390.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. Del Derecho de Internet al Derecho de los Robots. En *Derecho de los robots*. Wolters Kluwer, 2018. p. 61-86.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. El Derecho de los Robots, una disciplina jurídica naciente. En *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Tirant lo Blanch, 2018. p. 1119-1143.

CORDEIRO, José-Luis; WOOD, David. La muerte de la muerte. *La posibilidad científica de la inmortalidad física y su defensa moral*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2018.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español. 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil II. *Tecnos. Reimpresión de la 9ª edición*, 2001.

DIAZ ALABART, Silvia. *Robots y responsabilidad civil*. Editorial Reus, 2018.

ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique. Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 2012, vol. 12, no 1, p. 121-147.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación. 2011.

FILLAT DELGADO, Yolanda. Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España: servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. 2018.

HUALDE SÁNCHEZ, J. J. La personalidad. AA. VV., *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derechos de la persona*, 2000.

L.LACRUZ MANTECÓN, Miguel. Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica?. *Diario La Ley*, 2019, no 9376, p. 2.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; INFANTES ESTEBAN, Susana. *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte. La brecha entre la vida y la muerte se reduce*. Midac, SL, 2019.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. Darwin. El mito de la inmortalidad y la criogénesis, ¿existen derechos en un ser criopreservado después de la recuperación vital? Fantasía y realidad inimaginable / Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber Amicorum. Tirant lo blanch, 2019.

MORETÓN SANZ, María Fernanda. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. 2010.

MAYOR FERNÁNDEZ, David. La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, vol. 65, no 2133, p. 2.

NORVIG, Peter; RUSSELL, Stuart. Inteligencia artificial. *Editora Campus*, 2004, vol. 20

RUIZ GARCÍA, Patricia. Protección patrimonial de personas con discapacidad. 2015.

ROGEL VIDE, Carlos. Robótica y derecho: primera aproximación. En *Nuevas tecnologías y derecho: retos y oportunidades planteadas por la inteligencia artificial y la robótica*. Juruá Editorial, 2019. p. 13-30

SEOANE, José Antonio. La convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica. *Siglo Cero*, 2011, vol. 42, no 237, p. 21-32.

B. Artículos publicados en revistas

ARTEAGA, Félix; ORTEGA, Andrés. Hacia un Ecosistema Español de Inteligencia Artificial: Una Propuesta. *Real Instituto Elcano*, 2019.

AGURTO GONZÁLES, Carlos; DÍAZ DIAZ GUADALUPE, María Pía. Capacidad jurídica: El histórico problema de una categoría fundamental en el derecho. A propósito de las modificaciones introducidas por el decreto legislativo n° 1384 en el libro de derecho de las personas del código civil peruano. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2018, no 13, p. 238-264.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. Robots, inteligencia artificial y persona electrónica. En *Sociedad Digital y Derecho*. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018. p. 113-136.

BARIFFI, Francisco José. Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. 2009. p. 353-390.

CAYO PÉREZ BUENO, Luis. La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios. *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2008, vol. 39, no 228, p. 62-71.

CABALLERO TRENADO, Laura. Barrio, AM (dir.), Derecho de los robots. *Revista de Derecho Privado*, 2019, no 37, p. 367-410.

GARCÍA, Vanesa. La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción? *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, Enero-Julio, 2020, no 16.

HERNÁNDEZ RÍOS, Mónica Isabel. El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 2015, vol. 6, no 2, p. 46-59.

L.LACRUZ MANTECÓN, Miguel. Cibernética y Derecho Europeo: ¿una inteligencia robótica? *Diario La Ley*, 2019, no 9376, p. 2.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALMASEDA, Oscar. Documentated observations regarding the debate on the cryopreservation of the deceased human body. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 2019, no 20, p. 245-263.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2019, no 14, p. 140-147.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco. La criogenización: El vencimiento de la muerte, los derechos del “ser criónico” renacido. *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada= Law and the human genomereview: genetics, biotechnology and advanced medicine*, 2019, no 50, p. 117-159.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALMASEDA, Oscar. De la convención de Nueva York 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto español de 26 de septiembre de 2018. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2019, no 14, p. 15-18

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; MONJE BALMASEDA, Oscar. Retos de nuestro tiempo: La criónica en seres humanos. El debate de la persona electrónica y la revolución robótica. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2018, no 13, p. 19-25.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco Darwin. El mito de la inmortalidad y la criogénesis, ¿existen derechos en un ser criopreservado después de la recuperación vital? Fantasía y realidad inimaginable / Homenaje a José María Castán Vázquez. *Liber Amicorum. Tirant lo blanch*, 2019, p.201-228.

MONJE BALMASEDA, Oscar. Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce...). *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2018, no 13, p. 368-371.

PALMERINI, Erica. Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea. *Revista de Derecho Privado*, 2017, no 32, p. 53-97.

ROGEL VIDE, Carlos. Robots y personas. *Revista general de legislación y jurisprudencia*. Nº1, 2018, págs. 79-90

SANTOS GONZÁLEZ, María José. Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro= Legal regulation of robotics and artificial intelligence: future challenges. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2017, no 4, p. 25-50.

VALERO, Jorge. Ética para la era de las máquinas ‘inteligentes’. *Escritura pública*, 2019, no 119, p. 34-41.

VALENTE, Luis Alberto. La persona electrónica. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2019, no 49, p. 001-001.

VEGA, Omar Antonio; VINASCO-SALAZAR, Ronald Eduardo. CAPTCHA: ¿solución para la seguridad informática o problema para la accesibilidad/usabilidad web?. *e-Ciencias de la Información*, 2014, p. 1-14.

VIVAS-TESÓN, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad. *Comunitania. Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 1, 113-128., 2011

C. Documentos difundidos en Internet

ALVAREZ TUDELA, Rita. “Una niña de 14 años con cáncer terminal gana la batalla legal para ser congelada.” La voz de Galicia, 2016. <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2016/11/18/nina-britanica-gana-batalla-legal-congelar-cuerpo-tras-muerte/00031479459452553889985.htm> (Última consulta, 19 de mayo de 2020)

BERMUDEZ, C. “William Blackstone”. Plataforma Digital de Derecho, Ciencias Sociales y Humanidades. [https://leyderecho.org/william-blackstone/#:~:text=William%20Blackstone%20\(1723%2D1780\),impart%C3%ADa%20docencia%20en%20la%20Universidad](https://leyderecho.org/william-blackstone/#:~:text=William%20Blackstone%20(1723%2D1780),impart%C3%ADa%20docencia%20en%20la%20Universidad). (Última consulta, 26 de junio de 2020)

CASTILLO ALBARRAN, Cristina. “Concepto jurídico de persona tras la reforma del artículo 30 del Código Civil español”. Observatorio de bioética, instituto ciencias de la vida de la Universidad Católica de Valencia, 2014. <https://www.observatoriobioetica.org/2014/10/concepto-juridico-de-persona-tras-la-reforma-del-articulo-30-del-codigo-civil/5515> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

CASTILLO, Toni. “Europa se plantea otorgar ‘personalidad electrónica’ a los robots mientras muchos expertos se posicionan en contra”. Xataka, 2018. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/europa-se-plantea-otorgar-personalidad-electronica-a-los-robots-mientras-muchos-expertos-se-posicionan-en-contrahttps://www.xataka.com/robotica-e-ia/europa-se-plantea-otorgar-personalidad-electronica-a-los-robots-mientras-muchos-expertos-se-posicionan-en-contra> (Última consulta, 26 de junio de 2020).

Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembro en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1985-80678> (Última consulta, 19 de mayo 2020).

Equipo Concierto. Cl. “Niña inglesa de 14 años es congelada para ser revivida en el futuro” Concierto, 2016. <https://www.concierto.cl/2016/11/nina-inglesa-14-anos-congelada-revivida-futuro/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

G. BEJERANO, Pablo. “Qué dicen las tres leyes de la robótica de Isaac Asimov.” Blogthinkbig.com, 2017. <https://blogthinkbig.com/que-dicen-las-tres-leyes-de-la-robotica-de-isaac-asimov/> (Última consulta, 19 de mayo de 2020)

Grupo Servilegal Abogados. “Regulación del contrato de depósito”. Servilegal Abogados, 2019. <http://www.gruposervilegal.com/requisitos-y-regulacion-del-contrato-de-desposito/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

GUZMÁN, Oscar. “Midiendo la Inteligencia Artificial: El Test de Turing”. Planeta Chatbot, 2017 <https://planetachatbot.com/midiendo-la-inteligencia-artificial-el-test-de-turing-5243d1d5ead2> (Última consulta, 26 de junio de 2020)

- GARTEIZ, Gonzalo. El Parlamento Europeo reclama normas de Derecho Civil para robots autónomos. La Celosía, 2016. <http://www.lacelosia.com/el-parlamento-europeo-reclama-normas-de-derecho-civil-para-robots/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- G. BEJERANO, Pablo. “Qué dicen las tres leyes de la robótica de Isaac Asimov”. Blogthinkbig.com, 2017. <https://blogthinkbig.com/que-dicen-las-tres-leyes-de-la-robotica-de-isaac-asimov> (Última consulta, 19 de mayo de 2020).
- GARCIA, José. La estrategia Digital Europea y el Libro Blanco de Inteligencia Artificial ya son oficiales: estas son sus claves” Xataka 2020. <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/estrategia-digital-europea-libro-blanco-inteligencia-artificial-oficiales-estas-sus-claves> (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- GOMEZ, Alfredo. “Primeros pasos en la legislación de la robótica y la inteligencia artificial”. Cremades y Calvo-Sotelo Abogados, 2017. <https://www.cremadescalvosotelo.com/noticias-legales/primeros-pasos-en-la-legislacion-de-la-robotica-y-la-inteligencia-artificial/> (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- HELLÍN, Jesús. “Delgado defiende el papel de la Justicia para que las personas con discapacidad logren la ‘igualdad efectiva’”. Europa Press, 2019. <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-delgado-defiende-papel-justicia-personas-discapacidad-logren-igualdad-efectiva-20190612193153.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- LEGERÉN MOLINA, Antonio. “El Parlamento redefine el concepto de ‘persona’”. Legal Today, 2011. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/el-parlamento-redefine-el-concepto-de-persona> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- LOMAZZI, Carolina. “Receta inmortal: la misteriosa historia de la niña inglesa que murió y fue congelada”. Infobae, 2017. <https://www.infobae.com/salud/ciencia/2017/02/24/receta-inmortal-la-misteriosa-historia-de-la-nina-inglesa-que-murio-y-fue-congelada/> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- LLEDÓ YAGÜE F. Darwin. El mito de la inmortalidad y la criogénesis... *op.cit.*, p.201-228
- NAVARRO, Javier. “Definición de personalidad jurídica”. Definición ABC, 2014. <https://www.definicionabc.com/general/personalidad-juridica.php> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- MOISES BARRIO, Andrés. “Robótica, inteligencia artificial y Derecho”. Real Instituto Elcano, 2018. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_e/s/zonas_es/ari103-2018-barrioandres-robotica-inteligencia-artificial-derecho (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- PASCUAL, Alfredo. “Invertir en curar el cáncer es perder el tiempo. ¡Olvidémonos del cuerpo!”. El Confidencial, 2014. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-03-04/invertir-en-curar-el-cancer-es-perder-el-tiempo-olvidemonos-del-cuerpo_95957/ (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- REGO, Francisco. “El cerebro ciogenizado de Javier”. El Mundo, 2017. <https://www.elmundo.es/cronica/2017/01/27/5882425222601d475e8b4682.html> (Última consulta, 19 de mayo de 2020).
- RUIZA, M., FERNANDEZ, T, TAMARO, E. “Biografía de Alan Turing”. Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea, 2004. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/t/turing.htm> (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- RUIZA, M., FERNANDEZ, T, TAMARO, E. “Biografía de Thomas Hobbes”. Biografías y vidas. La enciclopedia biográfica en línea, 2004. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/h/hobbes.htm> (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- ROMAR, R. “Francisco Manuel Lledó: <<Que a un robot se le dé personalidad jurídica es algo totalmente absurdo.>>” La Voz de Galicia, 2019. https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2019/11/21/robot-de-personalidad-juridica-totalmente-absurdo/0003_201911G21P33992.htm (Última consulta, 19 de mayo de 2020)
- ROMANOS, Justo. “¿Quién es el primer español en criogenizar su cerebro?”. La República, 2017. <http://quecomoquien.republica.com/ciencia/quien-es-el-primer-espanol-en-criogenizar-su-cerebro.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- RIUS, Mayte. ¿Urge regular ya los derechos de los robots en Europa? La Vanguardia, 2018. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20180417/442631680924/derechos-robots-ue-persona-electronica-ia.html> (Última consulta, 26 de junio de 2020)
- SANCHEZ, Luis Javier. “La inteligencia artificial será regulada por la Comisión Europea: ¿Por cuál de los 5 planteamientos optará?”. Conflegal, 2020. <https://conflegal.com/20200123-la-inteligencia-artificial-sera-regulada-por-la-comision-europea-por-cual-de-los-5-planteamientos-optara/> (Última consulta, 26 de junio de 2020).
- TURING, Alan. Computing machinery and intelligence, 1950. (FUENTES Barassi, Cristóbal, trad. 2010, Universidad de Chile). <http://xamanek.izt.uam.mx/map/cursos/Turing-Pensar.pdf>
- TURING, Alan. Computing machinery and intelligence, 1950. (FUENTES Barassi, Cristóbal, traductor 2010, Universidad de Chile). <http://xamanek.izt.uam.mx/map/cursos/Turing-Pensar.pdf> (Última consulta, 19 de mayo de 2020)
- VENTOSO, Luis. “Una niña inglesa de 14 años gana el derecho a ser criogenizada tras morir de cáncer”. ABC, 2016. https://www.abc.es/sociedad/abci-nina-britanica-gana-batalla-legal-para-congelar-cuerpo-tras-muerte-201611181105_noticia.html (Última consulta, 26 de junio de 2020).

VALENTE, Luis Alberto. La persona electrónica. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2019, no 49, p. 001-001.

VISO, Esteban. "El origen de la palabra robot". Xataka ciencia, 2006. <https://www.xatakaciencia.com/robotica/el-origen-de-la-palabra-robot> (Última consulta 26 de junio de 2020).

I. II. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, 282/2009, Ref. CENODJ, 2009:2362.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, 421/2013, Ref. CENDOJ, 2013:3441

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012. 617/2012, Ref. CENDOJ, 2012:6810.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, 282/2009, Ref. CENDOJ, 2009:2362

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, 421/2013, Ref. CENDOJ, 2013:3441

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012. 617/2012, Ref. CENDOJ, 2012:6810

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, 530/2017, Ref. CENDOJ, 2017:3376

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017, 596/2017, Ref. CENDOJ, 2017:3925

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020, 387/2017, Ref. CENDOJ 2020:1736

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2020, 307/2020, Ref. CENDOJ 2020:1637

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2019, 827/2019, Ref. CENDOJ 2019:4259.

II. LEGISLACIÓN

A. Nacional

Anteproyecto de Ley de 26 de septiembre de 2018, por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

Constitución Española. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.)

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Registro Civil. BOE, núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

Ley 13/1982 de 7 de abril, conforme a la integración social de las personas con discapacidad. BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1982, páginas 11106 a 11112 (7 págs.)

Ley 13/1983 de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE, núm. 256, de 26 de octubre de 1983, páginas 28932 a 28935 (4 págs.)

Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor. BOE, núm. 15 de 17 de enero de 1996, páginas 1225 a 1238 (14 págs.)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE, núm. 7 de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728 (154 págs.)

Ley 41/2003 de 18 de noviembre, referida a la protección patrimonial de las personas con discapacidad. BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, páginas 40852 a 40863 (12 págs.)

Ley de 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, páginas 43187 a 43195 (9 págs.)

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE, núm. 184, de 2 de agosto de 2011, páginas 87478 a 87494 (17 págs.)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, páginas 249 a 259 (11 págs.)

Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215 (35 págs.)

B. Comunitaria

Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, por la que se regula los derechos de las personas con discapacidad.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en su sede de Nueva York.

Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembro en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. *Comisión de Asuntos Jurídicos. Parlamento Europeo (DELVAUX, Mady)*, 2016, vol. 31.

Resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017 para un Derecho Civil sobre robótica.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

GIUSEPPE CAPOGRASSI, La experiencia común (trad. y ed. de Ana Llano Torres y prol. de Miguel García Baró), Madrid, Ediciones Encuentro, 2020.

Agustín Luna Serrano
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Ediciones Encuentro viene difundiendo entre nosotros el pensamiento de un notable filósofo católico del derecho, no precisamente de tendencia aristotélico-tomista según ha sido tónica tradicional entre nosotros, como es Giuseppe Capograssi, del que la misma editorial ya publicó, en 2015, *El individuo sin individualidad* y, en 2017, *La vida ética*, según algunos la mejor obra de nuestro autor –publicada por entregas en la turinesa revista “Filosofía” de su amigo napolitano Augusto Guzzo–, dos de las más conocidas obras dentro de su abundante producción científica, recogida en diversos tomos de obras completas publicados por la milanese Casa Editorial Giuffrè (vols. I-VI, 1958-1960, y vol VII, 1990), además de haberse publicado en numerosas ediciones muchas de sus obras concretas por otros editores. La obra aquí presentada se encuentra, además, incorporada, juntamente con otras de las publicaciones más destacadas de este importante jusfilósofo, en un relativamente reciente volumen titulado, como uno de sus estudios más significativos, *La vita etica* (al cuidado de F. Mercadante), Milano, Bompiani, 2008. La obra ahora traducida por la profesora de la Complutense Ana Llano Torres, mayor estudiosa entre nosotros de la filosofía jurídica de Capograssi –que promueve además, con pasión, el conocimiento de su obra en España–, se presenta en esta versión conteniendo algunas acertadas acotaciones de la traductora, en forma de pequeños subtítulos divisorios del contenido del libro, que facilitan su lectura y comprensión para los no acostumbrados a obras de las características de la presente.

Puede considerarse, sin duda, a Capograssi (Sulmona 1889 – Roma 1956) como un filósofo personalista del derecho, bastante alejado en su madurez de las doctrinas imperantes en su país y en su tiempo, cuyo devenir teórico se asienta sobre todo en la intuitiva reflexión en torno a un sentido antropológico de la vida corriente del hombre común, del *homo aequalis*; es decir, en cuanto concierne a sus incertidumbres, necesidades e inquietudes, que se examinan no tanto sobre planteamientos propios del idealismo o del, a su juicio, ya trasnochado naturalismo acrítico cuanto sobre una reflexión de dimensión providencialista anclada en la realidad, esto es, la propia del realismo cristiano, posicionamiento doctrinal que resplandece de manera bien

perceptible en su *Analisi dell'esperienza comune*, obra de 1930 objeto de la traducción recensionada, una monografía muy mal vista, por cierto –lo que es, a mi juicio, un decisivo tanto a su favor–, por el famoso filósofo idealista Giovanni Gentile, eminente ideólogo del régimen fascista, que tenazmente se opuso a la promoción académica de nuestro autor. En esta actitud del pensador italiano objeto de consideración, afanoso lector de Santo Tomás, de Gianbattista Vico y del famoso y, para algunos, sospechoso sacerdote Antonio Rosmini, se interesa particularmente nuestro autor por el planteamiento filosófico y moral de éste último, cuya influencia mucho le afecta y le guía en lo personal en más de una ocasión, adoptando, por ejemplo, el rosmينiano “principio de pasividad”, inspirador de Capograssi en momentos importantes de su vida, como, según es bien conocido, cuando no se resistió, no siendo fascista, a ser designado por el gobierno mussoliniano rector de la Universidad de Macerata, ni, cuando, habiendo huido siempre de cualquier protagonismo político, fue designado, a través del democristiano ministro de gracia y justicia Guido Gonella, por el también democristiano presidente de la República Giovanni Gronchi, magistrado de la Corte Constitucional, pocas semanas antes de su prematura e inesperada muerte.

Pese al carácter reservado y hasta intimista que inspiró su sencillo diario vivir, en el que no faltaron las estrecheces económicas, no dejó de practicar nuestro autor una intensa y variadísima vida de relación, tanto en lo personal como en lo doctrinal, en lo profesional, en lo político y en lo intelectual. Es posible que por debajo de la multiplicidad de intereses hacia los que propende la fuerte a la vez que moderada y humilde personalidad de Capograssi lata su vocación de publicista no pocas veces expresada en diversas revistas y publicaciones periódicas, habitualmente católicas pero también en otras de distinto signo.

Es, en el aspecto señalado, característica de su devenir intelectual la pluralidad de conexiones doctrinales en que se inspiró –el famoso filósofo napolitano Benedetto Croce, que influyó de manera evidente en su tesis doctoral, sobre *Lo Stato e la storia*. *Saggio sul realismo nel diritto pubblico*, leída en 1911 y hecha bajo la dirección del famoso administrativista Vittorio Emanuele Orlando, futuro Presidente del Gobierno italiano; el padre franciscano Agostino Gemelli, promotor primero del Instituto Toniolo y luego de la reconocida en 1923 Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, al que aconsejó sobre sus proyectos y con el que colaboró, aunque no perseveró en ello por mucho tiempo, como profesor en su institución; y don Luigi Sturzo, fundador del Partito Popolare, precursor de la Democracia Cristiana, a quien dedicó en 1953 su libro *Incertezze sull'individuo*, cuya versión española fue comentada por la traductora de la obra aquí recensionada en la conocida *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, nº 2 (serie V, aprile-giugno 2015), págs. 215-258–, sin adscribirse o aceptar comprometidamente ninguna de estas influencias y de las corrientes doctrinales que provocaron. En lo profesional se empleó como secretario en el Consorcio General de los Consorcios Hidráulicos –donde conoció a la que sería su esposa–, fue pasante del influyente abogado conde Carlo Santucci, parlamentario perteneciente a diversas organizaciones católicas, y luego se asoció con su íntimo amigo, desde sus estudios de bachillerato, Salvatore Pugliese para defender los intereses de la aristocracia latifundista del Agro Romano a la vez que, como contraste, defendía gratuitamente a los litigantes sin dinero. Trató y respetó a juristas de todas las tendencias durante su andadura universitaria, siendo sus más

íntimos amigos el también filósofo del derecho Flavio Lopez de Oñate, autor, prematuramente fallecido, del famoso libro *La certezza del diritto*, aparecido en 1942, y el conocido procesalista y gran escritor, autor del tantas veces traducido *Il giorno del giudizio*, Salvatore Satta. Amigo de casi todos los políticos democristianos, no se adscribió, sin embargo, a ninguna de sus diversas y bastante numerosas corrientes. También fueron muy variadas sus relaciones sociales, contando entre sus amigos lo mismo grandes personajes de la nobleza romana –así, por ejemplo, Francesco Boncompagni Ludovisi, príncipe de Piombino, al que aconsejó sobre su primer discurso electoral después del cual fue elegido senador– que simples coterráneos de su originaria y no precisamente próspera región de Los Abruzzos. Por lo demás, admiró y reconoció el valor de quienes sobresalieron con posiciones políticas o doctrinales muy alejadas de las suyas, como Gabriele D’Annunzio, “artista strano e grande”, y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, a quien considera fatal e inmenso genio.

Igualmente variadas y sin concreta adscripción fueron, como ya se ha indicado, sus relaciones con los diversos grupos que conformaron los políticos católicos, ya fuera durante el fascismo –Capograssi no era fascista ni antifascista, sino “afascista”– o ya en el primer decenio de la democracia recobrada. Es de destacar, sin embargo, que en varias ocasiones se le llamara, por su prestigio, a promover como exponente cualificado suyo diversos puntos de vista de los católicos interesados en la cosa pública. Cabe recordar, en este sentido, que en 1940 y en una reunión celebrada en Pisa llevase la voz cantante, frente a la pretendida instauración legal de los principios del ordenamiento de inspiración fascista, para contradecirlos, como así se consiguió, gracias también a las aportaciones de otros juristas católicos, entre los que se encontraban el procesalista Antonio Segni y mi maestro romano, el civilista Francesco Santoro-Passarelli; que, en vista de su gran valía, se le encargara, en 1943, la redacción del preámbulo del llamado “Codice di Camaldoli”, que venía a ser como un anticipado planteamiento defendido por los católicos antifascistas de una futura constitución italiana, si bien sus propuestas, acaso por sus reminiscencias rosminianas, no siempre fueron bendecidas por los políticos más cercanos a la jerarquía eclesiástica romana; que, a partir de 1948, es decir, apenas aprobada la Constitución política de 1947, fuera ininterrumpidamente elegido miembro del influyente Consejo Superior de Instrucción Pública; y que, en 1954, en pleno auge de la política democristiana, se le confiara pronunciar el denominado discurso del Campidoglio –sede del Ayuntamiento de Roma– Su *alcuni bisogni dell’individuo contemporaneo*, popularmente conocido como “discurso del barrendero”, de significativas sensibilidad e incisividad políticas.

Cursó sus estudios jurídicos en la Sapienza romana, en la que tuvo por maestros a Vittorio Emanuele Orlando, a Francesco Filomusi Guelfi y a Giuseppe Chiovenda. Sufrió mucho hasta llegar a la cátedra universitaria a causa de la pertinaz oposición del filósofo del régimen fascista Giovanni Gentile, llegando al fin, a los 43 años y gracias a ser llamado, en cuanto solamente indicado en una terna, por el que fuera Presidente del Gobierno y luego de la República Antonio Segni, a ocupar la cátedra de filosofía del derecho de la Universidad de Sassari, tras el desempeño de cuya plaza peregrinó, como sigue siendo bastante frecuente en Italia, por las Universidades de Macerata, Padua y Nápoles hasta llegar a la de Roma. En

esta última colaboró estrechamente y con gran fidelidad personal, a pesar de su claro alejamiento en lo doctrinal y en lo político, con el neokantiano, israelita y ultrafascista Giorgio Del Vecchio, quien por cierto hubo de sufrir en su propia carne las durísimas leyes raciales del fascismo, el cual le confió, a partir de 1945, la dirección de la importantísima Rivista internazionale di filosofia del diritto.

Puede considerarse a Capograssi, al que caracterizó el gran matrimonialista Arturo Carlo Jemolo de “Sócrates católico”, como el exponente acaso más característico, en el plano intelectual, del realismo cristiano, en cuanto que centra su reflexión en la acción del hombre corriente, del hombre común que es objeto de estadística, del hombre cuyo complejo y complicado vivir personal se expresa en su propio conocimiento, en su conciencia y en su misma trascendencia, en sus relaciones más inmediatas con otras personas y con las cosas y en su inserción en el ámbito de la comunidad. De este modo, la reflexión filosófica de nuestro autor se refiere a la experiencia corriente de la persona en su dimensión cognoscitiva, ética y religiosa, en su colocación personal en el ámbito familiar, en la necesidad de apoyarse en las cosas para desenvolverse en lo material y en su instalación no opresiva en el conglomerado social. Vale la pena señalar, a este respecto, que los puntos clave de la reflexión filosófica de Capograssi, de la cual es muestra significativa el volumen que es objeto de recensión, se sitúan en el ámbito del conocimiento y de la moralidad de la persona, en el ámbito de su entorno familiar, en el significado instrumental de las cosas –entre sus estudios más conocidos sobre el particular cabe recordar el muy alabado sobre Agricoltura diritto proprietà– y en su colocación en la comunidad política, esto es, en el Estado que tanta atención mereció por parte de nuestro autor.

A todos estos aspectos, que el filósofo recensionado no dejara de contrastar con sus amigos, colegas y discípulos en las cotidianas conversaciones de cada tarde en su casa romana y que alcanzan a lo que convencionalmente conocemos como derecho privado y como derecho público, dedicó de manera continuada Capograssi en el plano filosófico su perspicaz atención. Podría decirse, en definitiva y sin incurrir, a mi juicio, en una licencia del lenguaje, que en la filosofía de Capograssi inmanencia y trascendencia se conjugan complementariamente. El aspecto trascendente de la vida personal que, conjugada con el sentimiento religioso, constantemente se refleja en la producción filosófica de nuestro autor, se patentiza con intimista intensidad en las casi dos mil cartas o simples billetes que, durante los algo más de cuatro años de su noviazgo, dirigió Capograssi a la que habría de ser su esposa, objeto tales cartas de póstuma publicación, en sucesivas ediciones y con el título de Pensieri a Giulia, por los tipos de la casa Giuffrè a partir de 1972 y luego también vueltos a publicar, con prefacción de Gennaro Savarese y una extensa introducción de su discípulo Gabrio Lombardi, por la casa editorial milanesa Bompiani en el año 2007.

La obra recensionada de Capograssi se compone, a mi juicio y tras unas amplias premisas que advierten al lector de la postura filosófica adoptada por el autor, de dos partes, bastante diferenciadas en la apreciación del recensionante, relativa la primera a la consideración de la conciencia del individuo sobre sí mismo conformada desde la experiencia que desciende de su

propia vida y la segunda a la apreciación de la trascendencia de la persona hacia la superación del mal desde su instalación en la comunidad y en la perspectiva de posteridad subsiguiente a su finitud temporal.

En las indicadas premisas introductorias, encaminadas a prevenir al lector sobre el sentido de la reflexión llevada a cabo en el libro y a prepararlo para apreciar la concatenación de los diferentes pasajes de su desarrollo, advierte Capograssi que su exposición, aunque inscrita en la tendencia de su propio tiempo de centrar el pensamiento filosófico sobre la vida, procura no caer en la habitual abstracción, que difumina el acontecer humano y anula al individuo, sino que intenta desarrollarse en la dimensión del entendimiento de la vida basado en la experiencia pensable en función del desenvolvimiento vital de la concreta personalidad individual. Es decir, en la reflexión asentada en la generalización pensable sobre la existencia, la experiencia, la conciencia y la trascendencia del individuo inserto en su propio contexto vital personal, familiar, social, económico y político.

En relación a este sentido que el autor imprime a las premisas con que se abre su obra, son particularmente expresivos los títulos de separación insertos entre los párrafos del texto e introducidos por su traductora, títulos que, pese a su necesaria concisión, resumen con acierto el propósito de la exposición que el autor propone al lector: separarse de la filosofía de la que resulta “la negación del individuo concreto”, abordar la consideración de la “experiencia” reflexionando sobre “el individuo y su suerte”, apreciar la dimensión vital de ser el “individuo finito” y subrayar que de la finitud del individuo cabe inducir “la recuperación de la conciencia del destino”.

En el encuentro de la persona con las cosas del mundo exterior radica el conocimiento de la realidad de cuanto le rodea y del mismo deriva, a su vez, la apreciación de las conexiones que relacionan a las cosas entre sí y el atisbo de las verdades elementales que de las propias cosas circundantes se derivan, a pesar de que el conocimiento humano de las cosas haya de ser por necesidad fragmentario y el alcance de la reflexión sobre ellas consecuentemente limitado.

Es dable, sin embargo, suponer que el individuo venga a darse cuenta de esa realidad de la fragmentariedad y de la limitación que afectan a su conocimiento y a su reflexión y que, precisamente a partir de esa conciencia de fragilidad, se desenvuelva en el propio sujeto la apreciación del valor de la propia experiencia así como del que conviene a los juicios que sobre la misma pueda formularse la persona en progresiva apertura hacia todo lo circundante. Esta tensión entre potencial cognoscitivo y limitación efectiva del conocer provoca en el hombre desazón, pero también seguramente genera confianza en la propia capacidad de reflexión, confianza que a la vez que anida en su conciencia se aviva al relacionarse con los demás. Esta apertura hacia el otro y el intercambio de experiencias que supone promueve el interés mutuo de apreciar las vivencias y las ideas ajenas y, en consecuencia, la sensación de la necesidad de tener en cuenta la apreciación que de cuanto les circunda tienen los demás, el conocimiento que ellos tienen y la valoración que ellos hacen según su experiencia vital de cuanto les rodea y subraya, en definitiva, la importancia de la complementaria relación intersubjetiva.

Este ahondar en la propia experiencia, y en su caso con la ayuda de la experiencia de los demás, propone a la persona la conciencia de su concreta realidad y también la de su dependencia de la realidad de cuanto le circunda,

en la que debe insertar su propia experiencia vital a lo largo del lapso de tiempo en que, dada su finitud, le sea consentido vivir. De esta realidad circundante, como subraya eficazmente Capograssi, forma parte ineludible la muerte, a la que nadie es indiferente en cuanto participa de toda experiencia vital. La certidumbre de morir y el conocimiento de la propia finitud suscita en la conciencia del pensante la alternativa pavorosa de la trascendencia o de la disolución.

En la perspectiva señalada y en el contexto de las limitaciones con que se adquiere el conocimiento por cualquier persona y por consiguiente también se desenvuelve su conciencia, se explica que la vitalidad de la persona se traduzca en la propia afirmación, en el amor a la propia vida, en la tensión vital hacia el propio desenvolvimiento, en la apreciación y en el disfrute de las cosas circundantes y en la acción que es consecuencia de todo ello. La cuestión radica, de todas formas, sobre si la acción en que se traduce esa natural pulsión del hombre corriente se desenvuelve atendiendo a la ley ética o se desparrama en el mal.

El núcleo de la reflexión sobre la indicada alternativa radica en las acciones a través de las que la persona desenvuelve la expresada pulsión, aspecto en el que la conciencia y la acción humanas deberán necesariamente confrontarse con el derecho, puesto que las conductas de cada uno tienen, según es lo más corriente, trascendencia social, ya sea libre u obligada la actividad individual, suponga colaboración o tensión, entrañe beneficio o perjuicio, sea de buena o de mala fe, se acomode a la ajena incolumidad o determine lesión para los demás. Normativa jurídica que, dada su repercusión en la vida y en la acción del individuo gobernado por ella y en las de los otros que con él conviven en el conglomerado social, no puede reducirse a una mera y automática técnica de organización, en cuanto que el derecho incide en la afirmación de la voluntad del agente y por tanto en el desenvolvimiento de su personalidad, si repercute sobre la influencia que dicha afirmación tiene en otras voluntades ajenas y afecta a la comunicación entre distintas entidades vitales.

Ocorre, en cualquier caso, que los impulsos propios de la persona están condicionados por su debilidad natural y que en no pocas ocasiones la conciencia de esa debilidad le conduzca a recluirse en sí mismo, a preservar aquellos aspectos de su existencia en que encuentra satisfacción y a intentar, asustado, cansado y abatido, defenderse de los demás, de manera que en lugar de ajustarse a las exigencias propias de una vida ética sucumba con más o menos frecuencia a la influencia del mal, colocando en el logro de la posible satisfacción o del eventual placer la adecuada meta a perseguir.

Esta posible orientación humana hacia el mal hace que Capograssi, filósofo y jurista, dedique a la misma particular atención, examinando tanto las limitaciones que tal actitud determina para su protagonista como las consecuencias que para él comporta sucumbir a la atracción del mal. Limitaciones como son la clausura personal en sí mismo, el desinterés consiguiente por el conocimiento de la rica realidad circundante y de la verdad que radica en ella, la sustitución de la experiencia de cuanto le rodea — referente al otro, a la diversidad de las cosas y de los criterios, a la justicia, a Dios— por la suya inmediata y la absorbente tendencia a la eliminación de cuanto y de cuantos se opongan a su egoísta actitud. Y consecuencias tales como la reducción, en un estado tal de creciente insensibilidad, de la

capacidad de conocer las verdades que genera la vida humana compartida, de sentir la idea del deber, de comprender el valor cohesionante de la ley, de captar el significado del propio destino y, desde luego, de alcanzar el sentido trascendente en la idea de Dios, dimensiones todas ellas que se truecan para la inteligencia que se mueve en el vacío en meras referencias verbales.

Como concluye, con sentida pesadumbre, nuestro autor, en esta perspectiva egoísta el hombre está abocado no sólo a la negación del amor, a la sequedad espiritual y a la reducción a fines puramente empíricos, sino a arriesgarse incluso a perder la libertad.

Como alternativa a la inclinación hacia el mal que de continuo asalta y apremia al hombre, que con tanta hondura y precisión se describe en la primera parte de la obra recensionada, examina Capograssi en la segunda parte de su exposición los resortes que la experiencia ética y las leyes que la soportan contribuyen a posibilitar a la persona a defenderse del mal, al que sin duda es atraído por su propia imperfecta entidad. La experiencia ética liberadora o, al menos, atenuadora del mal tiene sustento y se refuerza en la experiencia jurídica y en la experiencia moral, en la observancia de cuyas reglas y preceptos la persona puede consolidarse en progresiva perfección y también alcanzar la plenitud de la vida absoluta a través de la religión.

La norma jurídica se refiere necesariamente a la acción exterior del hombre en sociedad, acción que, por otra parte, adquiere relevancia frente a los demás en virtud de su consideración por parte del derecho. Sin la exteriorización social de la acción no sería, en efecto, posible comprender el sentido de la norma jurídica, que configura las condiciones de la acción tanto en su generación - libertad, seriedad y licitud— como en sus afectos -compromiso e indemnidad— en relación a los demás.

Los diferentes aspectos que se acaban de mencionar tienen su natural reflejo en aquellas dimensiones jurídicas en que la persona se pone en conexión con los demás, ya sea en sus relaciones más directas e inmediatas o de carácter privado o bien en sus relaciones mediatas con la sociedad y de carácter público que hacen referencia en la entera organización de la comunidad.

En cuanto a las relaciones jurídicas de intermediación a la persona y a su experiencia son fundamentales, al referirse a sus dimensiones y necesidades económicas y afectivas, el contrato, la responsabilidad que de él deriva y la propiedad y, en cuanto a las que afectan a su instalación en la vida de convivencia, el Estado.

El contrato es, sin duda, la expresión para la realidad vital en lo económico de la exaltación de la voluntad, por lo que el derecho se refiere con amplitud a la libertad de la formación de la decisión de contratar y a la significación que como base de la virtualidad obligatoria del contrato tiene la conjunción de las autónomas voluntades de los contratantes, haciéndose por lo demás evidente que en ambas fases de conclusión del contrato y de desenvolvimiento de la eficacia del mismo tiene, como expresión de la trascendencia ética del derecho en la experiencia del hombre común, la buena fe, a la que desde el derecho romano hasta el actual las normas jurídicas se refieren frecuentemente. El planteamiento que hace Capograssi sobre todas estas cuestiones es netamente personalista respecto de la concepción de la figura contractual, perspectiva de la que no se puede prescindir pese a que ciertas urgencias sociales pueden propender hacia un cierto automatismo en la contratación que limiten en

ciertos aspectos la libertad del contratante, restringiendo así su experiencia vital, e incluso en la llamada contratación forzosa, la libertad individual. El vínculo que el contrato crea constituye, en los aspectos señalados, un variado abanico de manifestaciones de una experiencia vital que no puede estar desligada de la experiencia moral, perfil que el autor de la importante obra recensionada viene a subrayar al conectar la temática del contrato con la idea de responsabilidad.

No pocas de las cosas exteriores a la persona son imprescindibles para su subsistencia y para su instalación autónoma y muchas otras propician su natural desenvolvimiento al ser las cosas esenciales para que el individuo satisfaga la necesidad de descubrirse a sí mismo a través de la relación con el espacio físico que le rodea. Este sesgo beneficioso del sector de la realidad que conforman las cosas comporta evidentemente, sin embargo, el riesgo indudable de apegarse excesivamente a dichas cosas en razón de la satisfacción que puede derivarse de ellas y también del poder que puede engendrar su apropiación, aspecto este último que denota la no infrecuente afirmación de la personalidad en las cosas apropiadas y la inmemorial tendencia a trasfundir la propia personalidad a través de la sucesión hereditaria de las cosas decidida mediante el testamento en cuya aplicación pervive la voluntad de su autor. Pero independientemente de este aspecto, que no ha dejado de estar presente en algunas construcciones jurídicas, y del más negativo de que la apropiación de las cosas puede frenar, por la satisfacción que proporciona, la tensión vital en que consiste la acción, hay que pensar que la apropiación de las cosas supone trabajo y defensa y en definitiva experiencia beneficiosa para quien sea capaz del relativo desprendimiento de no encerrarse en ellas y más aún si es capaz de practicar la virtud de la caridad.

Como una de las fundamentales dimensiones humanas es la que deriva de la diversidad sexual y de la consiguiente mutua atracción física entre hombre y mujer, la experiencia que de esta realidad deriva tiene para las personas carácter fundamental, en cuanto, sobre todo, que la pulsión que la misma supone concierne a la totalidad biológica de la persona. Esta unión de un organismo vivo con otro organismo vivo supone la experiencia más íntima en que se puede participar, experiencia vital que se redobra por la natural consecuencia de la unión sexual de generar otra vida. Todas estas dimensiones dan a esta experiencia humana que conjuga una vida con otra vida dotan a la misma de una profunda intensidad, en cuya dimensión el compromiso, la libertad y la responsabilidad, propias de toda relación bilateral, como la contractual, son superadas por un elevado sentimiento y compromiso de entrega que no deja de traducirse al ámbito del derecho. Por eso recuerda el autor oportunamente al respecto el precepto del Código civil vigente en Italia cuando redactaba esta obra de imponer el matrimonio a los cónyuges la obligación recíproca de cohabitación, de fidelidad y de asistencia. Por lo demás, la convivencia de las dos personalidades que se conjugan y la familia que por consecuencia de su unión se forma requieren de unos medios materiales –casa, muebles, etc.– para su realización. De esta forma, el matrimonio, ya relacionado como se acaba de ver con el compromiso contractual se relaciona también, a través de las necesidades propias de la vida familiar, con la propiedad.

Cualquier experiencia vital de la persona no alcanza su plenitud ni consigue suficiente trascendencia si no se establece y se desenvuelve en el ámbito común que es propio de la humana sociabilidad, ámbito en el cual vidas, voluntades, acciones y experiencias personales encuentran una propia razón de ser en su comunicación y trascendencia respecto de los demás. En este consorcio social en el que cada una de las experiencias personales se conjugan y alcanzan significación se presenta el Estado como garante y como afirmación efectiva del imperativo jurídico que consiente y asegura la realización de toda suerte de experiencias humanas, constituyéndose así como la máxima salvaguardia de la acción. La protección del interés de todos a la realización en sustancial igualdad de la propia experiencia vital justifica la presencia del Estado, al que por eso Capograssi califica como el máximo esfuerzo por salvar la acción o como principio de verdadera creación de la experiencia jurídica. Por eso el Estado se presenta como actividad, como acción, como trabajo común y también, de manera significativa, como voluntad común que da lugar a la ley. La relación dinámica entre el Estado y la ley se presenta, en verdad, particularmente compleja en su recíproca imbricación, si se coloca a la misma en la perspectiva de la experiencia de la acción en que sitúa nuestro autor toda su reflexión filosófica. De una parte, en efecto, el Estado proyecta su razón de ser por medio de la ley, de manera que tal norma legal ordenadora imprescindible no es sino la determinación racional de la acción. Viene a ser así la ley, como producto del Estado, la fijación, en una dimensión de exigencia moral, de la virtualidad operativa de los ámbitos jurídicos en que fundamentalmente se desenvuelve la experiencia vital, como son la contratación, la apropiación de los bienes, la responsabilidad, la vinculación matrimonial y la comunidad familiar. Este aspecto de la actividad estatal de la formulación de la ley no se desvincula de la realidad vital de la acción en cuanto que se lleva a cabo mediante la síntesis abstractiva de la totalidad de la experiencia humana, debiendo subrayarse que es precisamente este carácter de la formación de la norma lo que determina su eficacia ordenadora de la acción individual. Lo que a veces llamamos expresivamente los juristas relevancia jurídica.

Pero también, por otra parte, puede apreciarse que, al conformarse la ley como expresión sintética de las múltiples experiencias vitales que se manifiestan en la comunidad y suponer la decantación superadora del conjunto diferenciado de voluntades para ser convergencia en una sola voluntad, que es la ley destilada por esa común voluntad la que da lugar al Estado como medio de la organización práctica de la voluntad comunitaria. En este sentido podríamos decir, recurriendo a un viejo y expresivo símil, que Estado y ley son como el haz y el envés.

Cualquiera que sea la dirección de la conexión entre la ley y el Estado, es lo cierto que los dos conceptos, en cuanto referidos a la experiencia de la acción, confluyen en relación al juicio que merezcan los comportamientos humanos. Ello es así porque la voluntad traducida en acción se desenvuelve en la comunidad y porque ninguna acción es exclusivamente privada, por lo que su trascendencia social debe poder ser discernida cuando choque con otras o contradiga los valores fundamentales en que se asienta la comunidad y, en definitiva, debe decidirse hasta qué punto tal acción puede alcanzar virtualidad o, en su caso, no debe prevalecer. En este juicio valorativo de la conducta cobra relieve la idea de responsabilidad en cuanto a la

correspondencia de la acción con la exigencia moral y con las previsiones de la ley, de manera que la decisión del encargado por el Estado, como expresión de la comunidad, de ejercer la función de juzgar sustituye, en su caso de manera coactiva, la voluntad del agente por la voluntad que se deriva de la ley y que es expresada por el juez.

En la obra comentada estas importantes cuestiones, aquí esquemáticamente expuestas, suscitan en el autor una riquísima reflexión de alto valor científico sobre el significado de la actividad judicial, reflexión en la cual se conjugan de manera tan profunda como ejemplar la conexión existente entre voluntad individual y experiencias comunes, entre exigencia moral y ley, y entre significado del Estado y sentido de la función estatal.

La consideración de las cuestiones que se acaban de señalar son objeto, por elevación, de una reflexión final sobre la experiencia jurídica, temática que interesa sin duda a los filósofos del derecho pero también a cualquier jurista y me atrevo a decir que, en particular, interesa a los juristas que ejercen la profesión de abogado o la de juez. El apartado correspondiente a estas cuestiones es a este respecto relativamente amplio y en él Capograssi, si bien no deja de considerar, en su caso críticamente, posturas de filósofos tan relevantes como Vico, Kant, Stammler, Croce o Dell Vecchio, insiste, en superación de las tesis del descarnado formalismo jurídico y sin dejar de ser sensible a la dimensión económica del derecho, en la idea básica, no sólo de esta monografía sino de toda su producción científica, de que la experiencia jurídica no es sino el reflejo, iluminado por la moral y preservado del mal, de la experiencia vital que se conforma a través de las experiencias de todos los que participan en la comunidad.

Digno colofón de la segunda parte de la división en la que idealmente nos parece posible estar estructurada la obra comentada son las páginas finales que Capograssi dedica a la experiencia moral como caracterizadora de la experiencia común y a la religión en cuanto sublimación de la moralidad.

La experiencia jurídica, como es fácil de apreciar en la concepción que de la actividad vital de la persona tiene nuestro autor, debe coincidir con la experiencia moral, pues en otro caso supondría estar encerrada en la contradicción y, por tanto, en la parcialidad o en su misma negación. Este planteamiento valorativo de la acción reclama de suyo la imprescindible referencia de la acción a su agente en cuanto que la acción es propia de la trascendencia vital del sujeto, de cuyo ser surge naturalmente el impulso hacia la acción por ser la vida sentir, conocer, amar y, por tanto, actuar.

La acción en que se manifiesta la experiencia humana es, en principio, fructífera para su propio agente y para la entera comunidad, pero también puede difuminarse reclusándose egoístamente en sí misma o disolverse en su contradicción con la eticidad. Frente a los riesgos perjudiciales para su autor y para la sociedad la acción encuentra salvaguardia en la conformidad con la ley moral o cuando, lo que viene a ser lo mismo, la experiencia del hombre común se desenvuelve en el ámbito del deber. Esta idea puede parecer, en principio, vana, pero no lo es tanto si se considera que la moral se ordena a la bondad y que ésta se reclama a la igualdad y que no puede haber verdadera igualdad desde la desemejanza sino en base al respeto que induce la fraternidad, dimensiones todas ellas alimentadas sobre la recíproca compenetración y que desembocan, en definitiva, en la caridad. La capacidad expansiva de la

experiencia guiada por la regla moral se muestra en una amplia gama de aspectos sociales benéficos de todo tipo, de cohesión del conglomerado humano, de armonía como manifestación de la buena voluntad y de superación del mal por el amor. Como se puede fácilmente advertir –y así es subrayado por nuestro autor– la apreciación de la norma jurídica como basada en la moral puede contribuir decididamente al logro de los beneficios que entrañan las dimensiones aludidas y cohesionadoras de la vida social.

La experiencia vital se quiebra para cada uno con la propia muerte y la certeza de que la muerte llegará somete al hombre a la congoja del propio enfrentamiento, cuando está por perder todas sus fuerzas y potencias, con el dilema crucial entre la advertencia de su propia finitud o la confianza de la continuidad transformada de la experiencia por su superación por la trascendencia. Esta terrible alternativa, siempre presente en el hombre, se hace más apremiante en los momentos finales de la vida, cuando los apremios del mal se presentan con más fuerza e intensidad a la par que se debilitan las fuerzas del moribundo, de modo que le son más difíciles de sortear. En esta grave circunstancia, la alternativa a la victoria del mal sólo puede encontrarse, disminuidas las fuerzas vitales de la persona, en el apoyo que puede encontrar en la convicción del vivir infinito que propone la religión o, lo que es lo mismo, en la proyección de la experiencia que se acaba en la trascendencia duradera. El sentido profundo de esta proyección ha conducido desde antiguo a la transmutación de la fecha de la muerte en el dies natalis de la vida venidera.

El riesgo de la victoria del mal en el momento supremo se ve acrecentado, como explica Capograssi, si la religión se reduce, como se defiende en las tesis de algunos influyentes filósofos, a la mera exaltación del pensamiento, con la consiguiente tentadora pretensión de ser sublimadas las cosas y la vida misma en la inmensidad del pensamiento absoluto. Esta suerte de religión no puede, desde luego, provocar una fuerza que sea tal por haber germinado en la experiencia ni, menos aún, fortalecer al débil hombre caduco en la confianza de la trascendencia, por asentarse en lo abstracto y no atender, por tanto, a la riqueza concreta que se asienta en la dimensión moral. Esperanza y confianza que sólo pueden radicar en Dios. La moderna inclinación reductora de concebir el pensamiento y sus potencias como religión, cuyo origen puede situarse, al decir de Capograssi, en los planteamientos filosóficos de Spinoza, priva en efecto al individuo de los relevantes asideros que le proporciona una religión en la que se refuerza una concepción moral.

ALMAGRO MARTÍN, Carmen: Elusión fiscal: conflicto en la aplicación de la norma tributaria, simulación y economía de opción, Ed. Comares S.L, Granada, 2019, 152 págs.

Jaime Criado Enguix
Graduado en Derecho
Universidad de Granada

La obra que el lector tiene a su disposición es un profundo y extraordinario análisis de uno de los mecanismos más singulares para minorar, cuando no anular, la carga tributaria: la elusión fiscal. Este mecanismo debe su singularidad al hecho de que el contribuyente persigue el mismo objetivo que con la evasión fiscal – minorar el pago de impuestos – pero las herramientas o recursos que utiliza no constituyen delito, algunas son conforme a Derecho, otras, al “filo de la ley”. Por tanto, es comprensible que el estudio de los diversos mecanismos de elusión fiscal van a requerir de rigor y exhaustividad, cualidades éstas que reúne ALMAGRO MARTÍN, profesora titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Granada, cuya trayectoria docente e investigadora avalan su autoridad en este área, fruto de la cual nace esta obra: “CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA, SIMULACIÓN Y ECONOMÍA DE OPCIÓN”, de máxima actualidad, que aborda, como señalaba, una temática que hoy día ocupa grandes titulares y resulta sugerente, cuya presencia en los escenarios jurídicos estos últimos años legitima su interés. La obra se divide en siete capítulos y uno adicional en el que vierte sus conclusiones, conformando todos ellos, en su conjunto, una notable coherencia discursiva.

Ya en sus palabras de apertura la autora indica que la finalidad elusoria está al alcance de diversas herramientas o recursos, algunos de ellos acordes a la Ley, otros, en cambio, de dudosa o turbia legalidad. Nos estamos refiriendo a tres alternativas concretamente (como reza el título de la obra): las economías de opción, la simulación y el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. En los capítulos sucesivos ALMAGRO MARTÍN asume la tarea de desenredar esta maraña figuras – algunas de ellas de difícil acotación – analizar cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas tributarias y centrar la cuestión de la calificación en el ámbito tributario y su relación con el fraude fiscal.

En el primer capítulo aborda una de estas figuras: “las economías de opción”. Sobre este particular, define, en primera instancia, con claridad y acierto, que nos hallamos ante un instrumento de que dispone el contribuyente para elegir, entre diversos modelos negociales igualmente válidos, la opción que le reporte mayor ventaja fiscal. Alternativa que, como avala la propia autora - de la mano de la jurisprudencia y la doctrina - no es contraria a principios constitucionales como el de legalidad, capacidad económica o seguridad jurídica, es más, se enmarca dentro del principio de autonomía individual del

contribuyente y de su libertad de planificación fiscal. En esta línea, la autora define las economías de opción como parte consustancial al derecho, aterrizando al lector la idea de que el Derecho no es una ciencia matemática, sino una ciencia jurídica, y como tal, debe ser consciente de las diversas realidades, negocios y capacidades económicas del contribuyente. En este escenario, mientras exista la interpretación jurídica, y el ordenamiento tributario no sea riguroso y taxativo en un sentido o en otro, cabe reconocer esta figura como expresión de un derecho, legítimo, en el que la planificación fiscal del contribuyente no es más que el ejercicio de libertad económica, libertad que puede ejercer el ciudadano por medio de la libertad de contratación, acudiendo a los modelos de negocios que repunte válidos (siempre en la línea de lo lícito) y sin que la motivación fiscal deba considerarse relevante, al menos hasta que se demuestre que los fines fueron ilícitos, tal y como reza el brocardico latino que la autora trae a colación “non praesumitur fraus et simulatio ubi inter eosdem, alia aperta via, idem fieri potuit”. No obstante, aunque nos movamos en el escenario de lo lícito, nos advierte ALMAGRO MARTÍN que existe una línea muy delgada entre lo lícito y lo ilícito, entre lo que son las economías de opción y el fraude de ley.

En el segundo capítulo entra en una cuestión de sumo interés jurídico: el problema de la interpretación de las normas tributarias. En primera instancia, vierte una visión crítica sobre la LGT de 1963 y la vigente en lo relativo a la atribución de la potestad interpretativa de la normativa tributaria a la Administración y a los efectos que dicha interpretación produce sobre los obligados tributarios; también pone el acento sobre la cuestionable eficacia jurídica de las órdenes ministeriales y circulares. Seguidamente, aborda aspectos propios de interpretación de las normas, comenzando con una cuestión más pacífica, como son los criterios de interpretación previstos en el art. 12 LGT (que en definitiva son las distintas formas en que el legislador ordena debe interpretarse las normas tributarias, señalando además que criterios ha de seguir el intérprete cuando tales normas no definan exactamente el sentido de sus términos); y, tras esto, procede a abordar una cuestión espinosa entre la doctrina: la analogía, técnica de integración ubicada en el art. 14 de la vigente LGT. Sobre esta figura, ALMAGRO MARTÍN concienza al lector del prolijo debate doctrinal que genera la determinación de cuál técnica palia mejor el fraude de ley: la interpretación extensiva o la analogía. A este respecto la autora realiza una concienzuda labor investigadora, con rigor y claridad, en la que proyecta la postura de autores autorizados en este campo (como ESEVERRI MARTÍNEZ, FALCÓN Y TELLA, FERREIRO LAPATZA y la propia autora de esta monografía, ALMAGRO MARTÍN – quienes se inclinan por la analogía; o BARRADO MUÑOZ y CARRASQUER CLARI, quienes se decantan por la interpretación extensiva como mejor mecanismo contra el fraude de ley), para concluir, tras un detallado estudio doctrinal, que si nos detenemos en la LGT de 1963, tras la reforma operada por la Ley 25/1995, apreciamos que alude a los negocios con el propósito de eludir el tributo que generaba un resultado equivalente al del hecho imponible; y en un mismo sentido, aunque con una redacción formal distinta, también se refiere la vigente LGT a los negocios con los que se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible, de los que no resulten efectos jurídicos más allá del ahorro fiscal. De ambos textos normativos, ALMAGRO MARTÍN concluye que ambas leyes responden a la

idea de que en sendos casos - en el fraude de ley y en el conflicto - el hecho imponible no se realiza, se evita, aunque sea en parte, mediante el uso de otras formas negociales impropias, cuyo resultado no modifica el que se habría obtenido de aplicar los negocios adecuados, es decir, es equivalente al del hecho imponible que se evita, provocando su regularización mediante la técnica de la analogía.

Tras tomar postura en este asunto, trae a colación otra cuestión muy debatida por la doctrina, y de la que también aporta su punto de vista, y es la cuestión relativa a la viabilidad del principio de tipicidad en materia tributaria de manera semejante al que rige en materia penal, para lo que ALMAGRO MARTÍN, de la mano de GARCÍA NOVOA, considera que si bien las normas tributarias no presentan un carácter excepcional, no menos cierto es que por sus características y contenido se exige un alto cumplimiento del principio de tipicidad semejante al que se requiere en derecho sancionador, participando, como las normas sancionadoras, en lo que la doctrina alemana ha llamado “actos soberanos de limitación de la libertad”. Es palpable el serio compromiso que asume ALMAGRO MARTÍN con este capítulo y el título que lo encabeza, traslada al lector el dilatado debate doctrinal que gira en torno a la interpretación de las normas tributarias y más específicamente a la relación entre analogía y fraude de ley, no sólo hace consciente al lector, sino que la curiosidad intelectual de ALMAGRO MARTÍN es tal que empapa cada idea con la visión de numerosos profesionales del Derecho al respecto, además de su enfoque personal, lo que permite a quien lo lee no sólo ser consciente del debate dogmático, sino además testigo de la riqueza técnica y científica que circundan las cuestiones tributarias.

Siguiendo el *iter* de su exposición, ALMAGRO MARTÍN dedica el siguiente capítulo a una cuestión más tangible que la interpretación, y es la calificación en el ámbito tributario, es decir, la apreciación por parte de los aplicadores del derecho de los hechos llevados a cabo por cualquier sujeto y la posibilidad de que éstos puedan ser incluidos en el supuesto de hecho de la norma. Lejos de caer en cuestiones teóricas y tediosas, la autora plantea, desde el principio, el serio debate doctrinal que gira en torno a los diversos criterios calificativos. Despliega un análisis inquisitivo sobre cada criterio, para concluir, con argumentos sólidos y perspectiva profesional, que dicha labor calificadora debe regirse por criterios estrictamente jurídicos, y que los intereses o motivaciones económicas del contribuyente, si bien determina la utilidad social del tributo, no debe operar como parámetro calificativo de los hechos por cuanto correríamos el riesgo de que la Administración Tributaria, al socaire de la potestad calificadora, y con la excusa de luchar contra el fraude de ley, califique discrecionalmente realidades a partir de su resultado económico, ignorando la esencia jurídica de los hechos.

Seguidamente, se adentra un poco más en dicha labor calificadora, ilustrando que, si bien esta debe ignorar en su tarea la denominación del acto o negocio jurídico que han determinado las partes, es de interés verificar la concordancia entre dicha denominación y el fin perseguido, y, en este estadio determinar si la ventaja fiscal lograda ha sido lícita o ilícita. Las líneas últimas de este capítulo las dedica a un asunto arduo, doctrinalmente controvertido, y es el hecho de que la función calificadora se desempeñe con independencia de los defectos que afectan a la validez del negocio celebrado.

Esta autonomía es discutible, ya que, si bien la calificación debe ceñirse a valorar la correspondencia de un hecho o negocio al presupuesto previsto en una norma, no es infrecuente que la Administración ahonde en la causa de dicho negocio y proceda a regularizarlo - y no solo a calificarlo - como es el caso del art.15 LGT. ALMAGRO MARTÍN, con esta reflexión, trae al lector otra cuestión sobre la que madurar como juristas, y es el hecho de que la facultad de calificar de la Administración si bien es meridianamente clara en el plano teórico, deviene compleja en el plano práctico, no sólo porque los tribunales se arroguen atribuciones excesivas en esta materia, sino porque, tal y como advierte la autora a través de la STS de 26 de mayo de 2016, en vista de que la calificación tributaria de los hechos corresponde exclusivamente a la Administración, el sujeto pasivo queda privado de la posibilidad de modificar tales hechos, actos o negocios, en aras de modificar las consecuencias tributarias, sin intencionalidad elusoria alguna. Sentencia que, sin duda, es el broche de oro a este capítulo y que ALMAGRO MARTÍN trae a colación en estas últimas líneas *ex professo* para hacer balance de si efectivamente el ímpetu recaudatorio que muestra la Administración Tributaria está rayando cuestiones de derechos indebidas, no sólo por un inmoderado uso de sus potestades de calificación, sino también por el absurdo jurídico de no permitir al contribuyente corregir los errores que pudiera cometer en torno a la liquidación de sus obligaciones tributarias.

En el siguiente capítulo podemos trazar una línea divisoria que separa dos cuestiones complejas pero tratadas en profundidad. La primera cuestión versa sobre la pervivencia del fraude de ley en el ordenamiento tributario. ALMAGRO MARTÍN advierte que esta cuestión es compleja y genera división en la doctrina. Explica, con habilidad y tono didáctico, la corriente doctrinal que lidera FALCÓN Y TELLA al respecto, autor que cuestiona la existencia del fraude de ley por cuanto considera que nos hallamos ante una economía de opción, es decir, el derecho del contribuyente – al socaire de la libertad de planificación fiscal a optar, entre diversos modelos negociales válidos y lícitos, – por la opción que le reporte mayor ventaja fiscal. En este caso, al realizar no un hecho imponible, sino un hecho “equivalente”, esto constituye una cuestión válida y de derecho, y no por ello está legitimada la Administración para aplicar un tratamiento tributario distinto al debido por analogía, de ser así, estaría convirtiendo al ordenamiento jurídico en algo imprevisible, incierto, cercenando principios constitucionales como el de seguridad jurídica y el de tipicidad. Esto no obstante no es incompatible, según FALCON Y TELLA con la existencia del fraude de ley, como señalaba en líneas más arriba, para gravar determinadas economías de opción, pero sólo aquellas no queridas por el legislador desde el punto de vista del sistema de valores sobre el que se sustenta nuestro sistema tributario, es decir, casos en los que concurren requisitos por los que se considere que el legislador prefiere gravar igualmente el hecho imponible

equivalente realizado. Ello requiere un juicio de valor, tarea que debe asumir no la Administración sino un órgano imparcial.

La segunda cuestión de este capítulo profundiza en la divergencia de posiciones doctrinales que giran en torno al art. 24 LGT, en concreto hace referencia a la norma de cobertura y a la norma defraudada. ALMAGRO MARTÍN ha abastecido esta cuestión con un análisis doctrinal detallado, con

precisión y compromiso con la envergadura de lo que se debate. En primera instancia, trae a colación la figura de FERREIRO, autor avezado en la materia, quien, de entrada, aclara la naturaleza distinta de ambas normas según se trate de derecho civil o de derecho tributario, para, y profundizando en el examen de la cuestión, verter su visión crítica sobre la confusión generalizada en que incurre la mayoría de autores cuando éstos califican como fraude de ley supuestos de simulación, y viceversa. Para afrontar esta cuestión, FERREIRO defiende la teoría de la causa, esto es, si existe causa, típica y suficiente de un negocio, éste existe, y por tanto, es un hecho tipificado por la ley y nos hallamos ante una economía de opción; si la causa no existe, tampoco existe el negocio, por lo que sólo habría que hablar de simulación. Apreciamos que en su teoría nada tiene que ver la motivación fiscal del contribuyente, y es que esto para FERREIRO es irrelevante, pues el ahorro es un fin lícito, que no desnaturaliza en ningún caso las causas de un contrato.

Esta postura nos enseña la importancia de examinar si la causa del negocio es lícita o no para posteriormente ponderar si estamos ante un caso de fraude de ley o economía de opción; ALMAGRO MARTÍN enriquece este debate con el análisis de la tesis que defiende FALCÓN Y TELLÁ, la cual básicamente rechaza el fraude de ley por cuanto considera el contribuyente no realiza un hecho imponible, sino uno equivalente a aquél, cuya elección no comporta más que una economía de opción; y, por último, como todo debate que se precie, ALMAGRO MARTÍN enseña la otra cara de la moneda, y es la postura que defiende PALAO TABOADA, quien enfatiza que ese hecho imponible equivalente que realiza el contribuyente supone una elusión y hay que centrarse en esa calificación artificiosa, por tanto, la norma de cobertura no es de carácter tributario, sino una norma civil o mercantil en la que pretende escudarse el contribuyente para alcanzar el resultado pretendido. Es evidente que PALAO TABOADA y FALCÓN Y TELLÁ entienden de modo distinto el fraude de ley y su pervivencia y papel en el ordenamiento tributario.

Esta falta de unidad doctrinal en torno al art. 24 LGT dota de interés al debate, y hace que evolucione el derecho y la formación de sus aplicadores a través del estudio, el debate y el análisis. En esta travesía nos acompaña ALMAGRO MARTÍN, experta en la materia, cuyas habilidades en la faceta didáctica e investigadora hablan por sí solas, y son el vehículo que traslada al lector la comprensión jurídica de este asunto tan espinoso y ofrece soluciones concretas a problemas de interpretación incrustados en la doctrina.

Las dificultades interpretativas y de aplicabilidad que presentaba la figura del fraude de ley aconsejaron la eliminación de esta figura y su sustitución por una cláusula general antiabuso: el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, que se regula en el art. 15 LGT. Esta nueva figura, en principio, parece reminiscencia del fraude de ley, no obstante, ALMAGRO MARTÍN aclara que ambas presentan diferencias nada desdeñables, y es por ello que despliega todo un análisis jurídico-tributario en aras de definir con nitidez sus contornos y minimizar las posibles injerencias de otras figuras elusorias. Con este propósito, bucea, en primera instancia, por los elementos temporales de la norma, define su momento de vigencia y los casos en que esta norma o aquélla deben aplicarse; seguidamente, con exhaustividad, desmonta los dos requisitos principales que legitiman la aplicación del conflicto en la aplicación

de la norma tributaria, cuales son: i) la artificiosidad del acto o negocio, ii) y la obtención a través de dicho acto de efectos jurídicos o económicos significativos – ambos requisitos igualmente relevantes. Respecto a estos, cabe reseñar que el concepto artificioso no es un criterio objetivo para la consideración del conflicto, ya que el hecho de que un acto sea “notoriamente artificioso” o “impropio” no es una calificación que pueda estandarizarse de algún modo, por ello, con excelente enfoque ALMAGRO MARTÍN determina que el órgano que valore si media o no artificiosidad en el acto o negocio deberá de acometer un examen de la causa típica -estándar- de los actos o negocios previstas en nuestro ordenamiento jurídico y ponderar si efectivamente la causa

del negocio celebrado por las partes permite obtener un resultado propio o, por el contrario, buscan otros que le resultan ajenos, utilizándolos así de forma impropia. Aparece, pues, una cuestión interesante, y es que el órgano que valore si media o no conflicto en la aplicación de la norma tributaria deberá iniciar un “juicio de causa” del acto o negocio, como detalladamente explica la autora. Tras este análisis pormenorizado de cada requisito, la autora escudriña cuales son las consecuencias de la declaración de esta norma, y es la aplicación, por analogía, del tratamiento tributario que prevé el ordenamiento tributario para obtener resultados similares (eliminándose cualquier ventaja fiscal que se hubiera obtenido más los intereses de demora); lo relevante es el resultado obtenido (no las formas negociales) y según este parámetro se someterá a un régimen tributario u otro el negocio en cuestión; criterio que, sin embargo, no resulta aun pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Por último, ALMAGRO MARTÍN se centra en el régimen sancionador de esta figura. De la lectura de este apartado cabe concluir, con certeza, que el entendimiento de la autora sobre el origen, motivación y contexto de cada figura tributaria no tiene parangón. Arriesga a explicar el origen y recorrido legislativo que ha experimentado la actual norma sancionadora del conflicto en la aplicación de la norma sin caer en cuestiones tediosas y de difícil atención, mas al contrario, bucea por todo el debate doctrinal habido en torno a esta cuestión, hila con los debates que enzarzaban el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial a lo largo de esta andanza, expone los puntos cruciales de la polémica y lo trabajoso de encontrar una fórmula jurídica que permitiera instalar un régimen sancionador de tales conductas que, a su vez, no menoscabara en nada los derechos y garantías del contribuyente ni fuese la vía para que la Administración hiciera su agosto obteniendo importantes atribuciones en materia interpretativa y calificadora. Seguidamente, enriquece el análisis de este régimen sancionador con una explicación didáctica de las opiniones enfrentadas de los autores (aportando la suya propia), arroja luz a través de los pronunciamientos judiciales de las altas instancias y de una observación desde la perspectiva del derecho comparado, para, finalmente, concluir que en este clima convulso de debate vio la luz, en 2015, un tipo de infracción específica para los supuestos en los que se aprecie conflicto en la aplicación de la norma tributaria. La cuestión no termina ahí, la investigación que emprende ALMAGRO MARTÍN es tal que finaliza con un examen acrisolado del artículo 206 bis de la LGT que regula cuales son los supuestos de infracción en la aplicación de la norma y, de mediar incumplimiento, el procedimiento que ha de incoar la Administración

Tributaria en el seno de un procedimiento de inspección de tributos, el plazo de alegaciones que ha de conceder y el informe que eleva a la Comisión Consultiva. Sobre este último aspecto, ALMAGRO MARTÍN se cuestiona si no hubiera sido más acertado estipular que el contribuyente pudiera presentar sus alegaciones directamente ante la Comisión, y que la Inspección realizara su informe sin conocerlas, para revestir al procedimiento de mayor contradicción. Entiende ALMAGRO MARTÍN que esto llevaría más trabajo a la Comisión, pero sería a costa de dotar de mayor igualdad de armas jurídicas a las partes en el procedimiento.

El capítulo sexto nos acerca a la figura de la simulación, figura que pertenece no sólo a la rama financiera, sino también a la civil, por ello ALMAGRO MARTÍN clarifica que se ha producido una asunción dentro del Derecho tributario de la doctrina civilista. Desde esta perspectiva, analiza la distinción entre simulación absoluta y simulación relativa, guiando el discurso de esta cuestión con la opinión de distintos autores autorizados en la materia, para, tras esto, ahondar en cuales son los elementos del negocio jurídico susceptibles de causar la simulación, si la apariencia del negocio realizado, si el medio ilícito utilizado, si la voluntad negocial oculta de las partes, u otros elementos. A mi juicio, aunque en el plano teórico parezca la figura más delimitada, en el terreno de lo práctico deviene difusa, no sólo por la falta de delimitación de cual es el elemento exacto que determina la simulación sino porque además la Administración, que es el órgano que alega dicha infracción, debe probar su alegación a través pruebas indiciarias o indirectas, ya que normalmente las pruebas directas las eliminan las partes. Interesante tras esta cuestión es el análisis inquisitivo que despliega la autora sobre cuales son los efectos de la apreciación de simulación en el ámbito

civil (derecho privado) y en el ámbito tributario (derecho público), aclarando las singularidades jurídicas de cada procedimiento y cual es el papel que desempeña la Administración tributaria, para, finalmente, concluir con una cuestión de notoria importancia y que demanda la doctrina, y es una delimitación clara entre la figura de fraude de ley (también denominada conflicto en la aplicación de la norma tributaria) y simulación, reconociendo finalmente que en el ámbito civil la confusión entre ambos términos es más común, mientras que en sede tributaria las diferencias están claras. El procedimiento a seguir y sus efectos son muy distintos en un caso y en otro, ambos casos presentan, además, una naturaleza distinta – aunque ambos estén orientados al mismo fin- mientras la simulación es utilizada para crear una apariencia engañosa y ocultar el negocio querido por las partes para lograr una ventaja fiscal, el fraude de ley es tan solo la vía por la que se utiliza abiertamente negocios o contratos validos, lícitos, en los que el artificio empleado resulta evidente. Por tanto, como figuras bien distintas que son, las armas con las que cuenta el legislador para reprimirlas también lo son.

En el séptimo y último capítulo ALMAGRO MARTÍN proporciona el análisis del negocio indirecto, figura que, tras la vigente LGT, se halla claramente comprendida dentro del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, pero que, si nos detenemos en su estudio, apreciamos puede resultar también interesante para definir otros perfiles como el antiguo fraude de ley tributario, la simulación y las economías de opción. Con esta pretensión, la autora

acomete un comprometido estudio doctrinal y jurisprudencial de este concepto y la relación jurídico-tributaria del mismo con el resto de figuras elusorias, para, seguidamente, analizar cual elemento del negocio -si el motivo o la causa- conviene tener en cuenta para detectar la existencia del mismo. Por último, debate la idea de si cabe considerar al negocio indirecto como figura autónoma o más bien debe quedar subsumida en el conflicto en la aplicación de la norma, para finalmente concluir, de la mano de la doctrina, que, a pesar de la profusa utilización de la teoría del negocio indirecto por parte de la Administración, es cierto que, por las razones que expone el autor RUBINO, no cabe considerar el negocio indirecto categoría jurídica, y por tanto queda subsumido.

Por último, considero procedente aportar una última valoración personal sobre esta monografía. No dudo de la utilidad de esta obra para el jurista interesado no sólo en obtener información sino en lograr la adecuada comprensión de las nuevas realidades surgidas, y es que ALMAGRO MARTÍN conciencia de la cada vez más ingeniosa habilidad del contribuyente para articular estrategias para la minimización del pago de tributos, salvaguardando la literalidad de la normativa, pero no una interpretación sistemática o teleológica de la misma. Este ardid fraudulento desemboca en una realidad jurídica convulsa, con problemas de calificación tributaria, enfrentamiento doctrinal, jurisprudencia oscilante y vacíos legales; ante esto, la autora asume, desde el rigor y el bagaje que derivan de su excelente trayectoria como docente e investigadora, la tarea de acrisolar, de forma sosegada, cada figura elusoria, con argumentos coherentes y bien fundamentados, brindando a su lector la posibilidad de comprender cada figura elusoria y acercarse a esta realidad (cada vez más común) de la mano de expertos en la materia.