

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

56
Marzo 2021

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

56

Marzo 2021

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis ESTAÚN GARCÍA

Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos

Susana GARCÍA RODRÍGUEZ

Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO

Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Andrés LEAL MARCOS

Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

Esteban DEL RUSTE AGUILAR

Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Julio César TEJEDOR BIELSA

Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO

Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN

Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ

Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO

Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 56 (marzo 2021)

EN RECUERDO DEL PROFESOR LUIS GRACIA MARTÍN, ILUSTRE COLABORADOR DE ESTA REVISTA

	Páginas
<i>Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	11
<i>Breve laudatorio a un maestro de la Ciencia jurídica: Luis Gracia Martín (M.A. BOLDOVA PASAMAR)</i>	12
ESTUDIOS	
M.A. RUEDA MARTÍN: <i>El tratamiento jurisprudencial del partícipe extraneus en un delito relacionado con el ejercicio de la función pública</i>	17
R. PALÁ LAGUNA: <i>La diversidad de género en el consejo de administración y en la alta dirección de las sociedades cotizadas</i>	41
C. ALASTUEY DOBÓN: <i>Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español</i>	63
P. BRUFAO CURIEL: <i>Aprovechamientos históricos de agua y conservación de los humedales: cuestiones jurídicas sobre la restauración de la laguna del Cañizar</i>	128
B. MAYO CALDERÓN: <i>Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía. A la vez, una reflexión sobre el concepto de sanción</i>	185
DEBATES Y COMENTARIOS	
J.L. MOREU BALLONGA: <i>Expropiación de terreno con yacimiento arqueológico de interés cultural y con premio por el hallazgo</i>	255
M.A. BOLDOVA PASAMAR: <i>Algunas reflexiones sobre los aspectos jurídico-penales contenidos en el pacto de Estado contra la violencia de género</i>	292
S. DE MIGUEL ARIAS: <i>El incremento del gasto público en el contexto de la crisis sanitaria: comentario a los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2021</i>	308
E. CEBRIÁN ZAZURCA: <i>Algunas notas acerca de los referéndums de ratificación de la reforma estatutaria en las comunidades autónomas del artículo 143 de la Constitución</i>	326
J.F. RODRÍGUEZ AYUSO: <i>Alternativas de las administraciones públicas en materia de intercambios de información UE-EE.UU.</i>	342
G. VESTRI: <i>La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa</i>	368
CRÓNICAS	
<i>Crónica del I Seminario Internacional sobre Derecho y Economía circular (L. MUÑOZ BENITO)</i>	400
BIBLIOGRAFÍA	
C. SUNSTEIN & A. VERMEULE: <i>Law and Leviathan. Redeeming the Administrative State, 2020 (J.M. RODRÍGUEZ SANTIAGO)</i>	404
M. ZAMBONINO PULITO: <i>Buen gobierno y buena administración, 2019 (N. ARMAS CASTILLA)</i>	412
A. HUERGO LORA (dir.): <i>La regulación de los algoritmos, 2020 (F. LÓPEZ RAMÓN)</i> ...	417

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALCARAZ, Hubert: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

ALENZA GARCÍA, José Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

BAYOD LÓPEZ Carmen: Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

BÉJAR RIVERA, Luis José: Profesor Derecho Administrativo, Universidad Panamericana de México.

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (†).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor Contrato Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

BOIX PALOP, Andrés: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad de Valencia.

BOUZZA ARIÑO, Omar: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad de Vigo.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Burgos.

CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Abogada, Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Coordinadora de Investigación del Centre d'Estudis de Dret Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo: Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de La Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

DELGADO PIQUERAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.

ESCATÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor Contratado Doctor, Universidad de Zaragoza.

EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: Coordinador de Relaciones Externas del Centre d'Estudis de Dret Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de País Vasco, sede de Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

GIMENO FELLIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

GUERRERO MANSO, Carmen de: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila de Caracas (Venezuela).

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

HUERGO LORAS, Alejandro: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Investigador del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Soria.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María:
Profesora Titular de Derecho Civil,
Universidad de Zaragoza.

MORENO MOLINA, José Antonio:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de
Cuenca.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

NIETO GARRIDO, Eva: Catedrática de
Derecho Administrativo, Universidad
de Castilla-La Mancha, sede de
Toledo.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor
Asociado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad
Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Santiago de
Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de:
Profesor de Derecho Administrativo,
Universidade de Lisboa (Portugal).

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Castilla-La Mancha, sede de
Toledo (†).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Profesora
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Lleida.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de La Coruña.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés:
Profesor Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad
Externado (Colombia).

PIPERATA, Giuseppe: Profesor de
Derecho Administrativo, Università
IUAV di Venezia (Italia).

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del
Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Autónoma de
Barcelona.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pública
de Navarra.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Córdoba.

RIVA, Ignacio M. de la:
Profesor Titular de Intervención
Administrativa, Pontificia
Universidad Católica Argentina en
Buenos Aires.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca:
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Administrativo, Universidad
Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

RUIZ GARCÍA, José Ramón: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de A Coruña.

RUOCCO, Graciela: profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SADDY, André: profesor de Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro (Brasil).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá (Madrid).

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIAS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TORRES LÓPEZ, Asunción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VALERO TORRIJOS, Julián: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura (Perú).

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

LISTA DE COLABORADORES

ALASTUEY DOBÓN, Carmen:
Profesora titular de Derecho penal,
Universidad de Zaragoza.

ARMAS CASTILLA, Noel Jesús:
Investigador, Universidad de Sevilla.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel:
Catedrático de Derecho penal,
Universidad de Zaragoza.

BRUFAO CURIEL, Pedro: Profesor
Titular de Derecho administrativo,
Universidad de Extremadura.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique: Profesor
contratado Doctor de Derecho
constitucional, Universidad de
Zaragoza.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático
de Derecho administrativo,
Universidad de Zaragoza.

MAYO CALDERÓN, Belén: Profesora
contratada Doctora de Derecho
penal, Universidad de Zaragoza.

MIGUEL ARIAS, Sabina de: Profesora
Titular de Derecho financiero
y tributario, Universidad de
Zaragoza.

MOREU BALLONGA, José Luis:
Catedrático de Derecho civil,
Universidad de Zaragoza.

MUÑOZ BENITO, Lucía: Investigadora,
Universidad de La Rioja

PALÁ LAGUNA, Reyes: Catedrática de
Derecho mercantil, Universidad de
Zaragoza.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco:
Profesor ayudante Doctor de
Derecho administrativo, Universidad
Internacional de La Rioja.

RODRÍGUEZ SANTIAGO, José María:
Catedrático de Derecho
administrativo, Universidad
Autónoma de Madrid.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles:
Catedrática de Derecho penal,
Universidad de Zaragoza.

VESTRI, Gabriele: Profesor ayudante
Doctor de Derecho administrativo,
Universidad de Cádiz.

BREVE LAUDATORIO A UN MAESTRO DE LA CIENCIA JURÍDICA: LUIS GRACIA MARTÍN

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

En primer lugar debo expresar la profunda sensación de orfandad que nos embargó —y meses después aún nos embarga— a mí y a todos los compañeros del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, por la inesperada y trágica desaparición de quien fue durante tantos años (para el que suscribe más de tres décadas) nuestro querido compañero y gran maestro del Derecho Penal, Luis Gracia Martín. La realización de este sentido y merecido homenaje a través de un número de la Revista Aragonesa de Administración Pública dedicado a su memoria, organizado por quienes fueron compañeros suyos de otras disciplinas afines, ponen de manifiesto el respeto y consideración que su persona y obra merecieron al conjunto de los juristas de nuestra Facultad, pero también de fuera de ella. No en vano Luis Gracia Martín dedicó mucho tiempo al estudio del Derecho Administrativo, Tributario, Civil y Procesal-Penal, así como también a la Filosofía del Derecho como materias que, junto con el Derecho Constitucional, aparecen como fragmentos del todo que es el edificio jurídico. Éstas son las disciplinas más próximas al Derecho Penal y con las que necesariamente debe contarse en las numerosas investigaciones de carácter jurídico-penal en las que aquellas materias se encuentran imbricadas. En algunas de ellas también se reproducen las principales cuestiones penales con metodologías y sistemas muy parecidos (puesto que lo son de la propia Ciencia jurídica como ciencia común): el supuesto de hecho del comportamiento prohibido u ordenado, el sentido y la finalidad de las consecuencias jurídicas aplicables a la infracción o al ilícito, el fundamento, contenido y alcance de una determinada clase de responsabilidad, etc. En la propia legislación los objetos de la regulación jurídica se encuentran en numerosas ocasiones integrados o insertados por el legislador en las disposiciones normativas de forma conjunta, unitaria o indiferenciada, siendo labor del jurista descubrir y desarrollar la razón de ser y la naturaleza jurídica de cada institución del Derecho, sometiéndolas a sus propios principios, pero —como decía Luis Gracia— desarrollados a partir de las condiciones que presentan los objetos en el plano empírico o en el mundo real, pues obrando de otro modo lo lógico es caer en la arbitrariedad jurídica. Precisamente, cuando le sobrevino la muerte, a la par que actualizaba una segunda edición de su

magnífica tesis doctoral, se encontraba trabajando en el Derecho Administrativo sancionador y de policía. Estimaba que las consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas en cuyo seno se comete aquél no pertenecen en rigor al Derecho Penal, ni siquiera al Derecho Administrativo sancionador, sino al Derecho Administrativo de policía, y así lo desarrolló magistralmente en su última publicación, que el destino quiso que fuera en el número 55 de esta REVISTA en 2020.

Con una extraordinaria formación que cultivó durante toda su vida y gracias al entusiasmo y entrega con el que vivió su doble condición de investigador y de docente a lo largo de tantos años, Luis Gracia Martín obtuvo un amplio y generalizado reconocimiento nacional e internacional sustentado en la extraordinaria obra escrita que nos ha legado. Sin riesgo a equivocarnos, se debe reconocer que Luis Gracia Martín era un penalista de primer nivel dentro y fuera de nuestro país, a la par que un verdadero científico y erudito del Derecho, como lo demuestra una atenta lectura de cualquiera de sus trabajos publicados, del primero al último, por mucho que los últimos fueran aún más elaborados. Para nosotros, además, como compañeros de una misma Escuela fue el último gran baluarte del finalismo como doctrina jurídico-penal y, con seguridad, será un autor de referencia obligada en los foros más respetables y reputados de la Dogmática penal venidera, así como de la Ciencia jurídica en general. En lo que aquélla respecta dedicó toda su carrera profesional y hasta los últimos momentos de su vida a fortalecer el discurso y el ideario del finalismo welzeliano, y a criticar las posiciones normativistas y funcionalistas más actuales, así como alguna de las tendencias expansivas del Derecho penal, como lo era para él y para nosotros de forma aberrante el reconocimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consiguiente imposición de penas a las mismas por la comisión de delitos que cometen otros (personas físicas). Sin embargo, como enseñó espléndidamente Luis, la infracción de la norma en el caso de la persona jurídica no se construye, como en el caso de la persona física, sobre el desvalor de un comportamiento (infracción de una norma de determinación), sino que lo que se enjuicia en el caso de responsabilidad de la persona jurídica es simplemente el desvalor de una situación de hecho (infracción de una norma de valoración), esto es, un injusto objetivo e inanimado consistente en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica deducida de la comisión en su seno de un comportamiento delictivo. Ni siquiera el intento de estimar que lo injusto de un delito corporativo consiste en la ausencia de medidas suficientes e idóneas para la prevención de los delitos es un hecho del que sea responsable una persona jurídica, sino que siempre lo serán las personas físicas que tenían la competencia para implementar tales medidas preventivas. Tanto en esta cuestión acerca de la imposibilidad jurídica —que no legal— del reconocimiento de una responsabilidad penal a las personas jurídicas, como en la de considerar que única-

mente el finalismo es capaz de explicar de forma convincente y coherente la extraordinaria construcción de la teoría jurídica del delito, los partidarios de estas tesis nadábamos contracorriente en los actuales tiempos de confusión, en los que proliferan de toda clase de ideas u opiniones cambiantes y en los que se acusa una excesiva influencia de la ciencia jurídica anglosajona (menos desarrollada que la europea continental). Sin embargo, en la escuela finalista de Zaragoza que dirigió Luis Gracia Martín y que, con carácter previo, había dirigido el maestro común, D. José Cerezo Mir, tenemos, gracias a ellos, la plena convicción de disponer de un discurso —basado en la doctrina finalista— sólido y brillante, plenamente elaborado en sus elementos fundamentales, que por estar basado en la razón merece la calificación de «sistema que tiende a la perfección». A cualquier crítico de las posiciones jurídicas finalistas de Luis Gracia, si es que algunas podían ponerse en tela de juicio, habría que recordarle, parangonando a Welzel, el mito griego de que *solo Atenea nació acorazada y perfecta de la cabeza de Zeus*.

Como dejó dicho en su página de Facebook encontrándose en sus últimos momentos de vida, le faltó algo de tiempo para haber concluido lo que para nosotros hubiera sido probablemente lograr la cuadratura del círculo de la ciencia jurídico-penal (en realidad, más modestamente, blindar el sistema finalista del delito frente a todas las críticas infundadas que se le han dirigido) a partir del ejercicio de la pura razón, esto es, poder demostrar de modo irrefutable y conforme a la razón jurídica por la que ha de surcar la nave de la dogmática (y operando, como él decía, como lo hacen las ciencias experimentales, esto es, mediante la contemplación estática y dinámica de los objetos del ser) los puntos de partida del finalismo: por un lado, el concepto de acción final que, según apuntó Luis, sería producto de un juicio analítico en el sentido kantiano y, en consecuencia, una tautología *a priori* (porque no ofrece información nueva) y, por otro lado, el concepto de «culpabilidad» que, junto con el de injusto «personal», constituyen juicios sintéticos *a priori* (y en este sentido ofrecen nuevas informaciones) y, por ello, tanto aquéllos como éstos son necesarios. De nuevo la historia se repite, Luis Gracia, como en su momento Tales de Mileto, tratando de superar las concepciones místicas —en nuestro caso del Derecho—, pasando del mito al «logos».

Diferentes son las decisiones político-criminales del legislador, de las que me ocupo en esta modesta contribución, por referirse a cuestiones que son contingentes y no permanentes como los juicios sintéticos y analíticos *a priori*, y a las que Luis Gracia les dedicó también algunos de sus trabajos. En cualquier caso la regulación jurídica que resulte de las decisiones del legislador al crear o ampliar las prohibiciones penales debe respetar la materia de la regulación y, por lo tanto, las estructuras lógico-objetivas que son el sustrato empírico que subyace al objeto de la regulación jurídica, así como los fundamentos de cada una de las categorías del enjuiciamiento penal, lo que desgraciadamente no

siempre se cumple. El hecho de que el Derecho, como ciencia del espíritu, sea una creación artificial del ser humano y en eso se diferencie de las ciencias empíricas, dado que en éstas lo que acontece en el mundo causal aparece como necesario, inexorable y absoluto, hace que los contenidos de la ciencia jurídica no sean ni absolutos ni necesarios, sino relativos y contingentes, pero sus conceptos, normas y reglas tienen que formularse como enunciados de la razón y solo serán tales —como decía Luis Gracia— si resultan de un conocimiento racional científico de las estructuras materiales del ser de sus objetos y si, finalmente, son conformes a éstas.

ESTUDIOS

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA^(*)^(**)

M^o ÁNGELES RUEDA MARTÍN

A mi querido Maestro, Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal, in memoriam, con un profundo agradecimiento por su elevado magisterio en la investigación jurídica y por todas sus experiencias académicas compartidas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA PARTICIPACIÓN DE UN INDUCTOR Y COOPERADOR NECESARIO EXTRANEUS EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.– III. EL MERECIMIENTO DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL CÓMPLICE EXTRANEUS EN UN DELITO ESPECIAL.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Con la introducción del apartado 3^o en el art. 65 del Código penal, en adelante CP, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el legislador español estableció una regulación legal positiva al viejo y discutido problema sobre las consecuencias jurídicas que deberían reconocerse al hecho de la participación de extraños (*extranei*) en delitos especiales, esto es, delitos en los que se requiere una determinada cualidad para poder ser autor de los mismos. En el presente trabajo se analizan las decisiones de nuestra jurisprudencia sobre el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial, ya sea propio o impropio, relacionado con el ejercicio de la función pública, prestando especial interés al motivo al que se vincula la atenuación facultativa de la pena de determinados cooperadores necesarios e inductores *extranei* en un delito especial, frente a otros en los que, a juicio de nuestro legislador, no cabe apreciar tal aminoración de la pena.

Palabras clave: delito especial; participación; dominio del hecho.

ABSTRACT: *With the introduction of section 3 in article 65 of the Spanish Penal Code by Organic Law 15/2003 of 25 November, the Spanish legislator established a legal regulation to the old and discussed problem of the legal consequences that should be recognized to the participation of strangers (extranei) in special offences, that is, in*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de enero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de enero de 2021.

(**) La realización del trabajo que se presenta a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 26/03/2020).

offences where a certain condition is required to be principal. This paper analyses the decisions of our jurisprudence on the problem regarding the quantum of the penalty to be imposed to the extraneous who participates in a special crime, whether proper or improper, related to the exercise of a public function. Particular attention is devoted to the reason which justifies the optional reduction of the sentence of certain necessary cooperators and inducers extranei in a special crime, compared to other cases in which, in the opinion of our legislator, such reduction of the sentence cannot be appreciated.

Key words: Special offence, participation, control over the act.

I. INTRODUCCIÓN

Una investigación sobre cualquier delito relacionado con el ejercicio de la función pública en el CP, en el que se exige una determinada condición para ser autor y que constituye un elemento del tipo objetivo, la de ser funcionario público o autoridad (1), requiere examinar, entre otras cuestiones, el tratamiento de la participación de un *extraneus* en tales delitos y en quien no concurren las condiciones personales exigidas en el autor. El propio CP establece una solución que, sin embargo, plantea algunos problemas: «3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate». En otro lugar, he concluido que en los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial la posición personal del extraño es distinta a la del autor y partícipe *intraneus*, ya que en el extraño se muestran dos clases de elementos de signo contrapuesto. Por un lado, en el *extraneus* que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en un delito especial existe un elemento que para él es *desfavorable* y que fundamenta su responsabilidad mediante la aplicación del correspondiente delito especial cometido por el autor, en virtud de la unidad del título de imputación para los partícipes *extranei*. El mantenimiento de la unidad del título de imputación se explica porque todos los que intervienen en el hecho ya sea como autores —y ostentan el dominio social típico o abusan de la especial posición de dominio en la que se encuentran—, o como partícipes —y contribuyen en el ataque accesorio

(1) El CP proporciona un concepto penal específico de funcionario público o autoridad en el art. 24 según el cual, «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

al bien jurídico en el seno de unas estructuras sociales o institucionales en las que puede ser lesionado más fácilmente— responderán por el delito especial cometido, puesto que se han establecido determinadas conexiones fácticas y valorativas que son relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal. Por otro lado, el partícipe extraño se halla también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable*, porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor (2). Cuando nos encontramos con la participación de *extranei* en un delito especial ya sea propio o impropio, entran en concurso ambos elementos y en el art. 65.3 CP se prevé una consecuencia en cuanto a la aplicación de la pena de dichos partícipes, por cierto en un sentido parecido a la propuesta planteada por GRACIA MARTÍN (3). En los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial, el indicado precepto ha resuelto expresamente, desde mi punto de

(2) Véase una explicación más detallada de estas conclusiones en M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 119-131); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(3) GRACIA MARTÍN expuso una sugerente fundamentación concursal que ha pasado prácticamente desapercibida en nuestra doctrina, para resolver el tratamiento de la participación de extraños en delitos especiales, aunque su validez debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 65.3 CP. Esta fundamentación concursal tiene los siguientes presupuestos. En primer lugar, el concurso ideal de delitos o de hechos punibles en general es una entidad superior y diferenciada de los delitos individuales que la integran y posee elementos propios, de modo que dejando a estos intactos en su estructura, es posible intervenir en el propio tipo objetivo y subjetivo del concurso mediante la aplicación de aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurren, es decir, cuando el sujeto conozca aquellos datos situacionales que permiten apreciar conjuntamente dos o más delitos. Véase la exposición de su tesis en la obra conjunta con J. L. DIEZ RIPOLLÉS/L. GRACIA MARTÍN (1993: 165 ss.). GRACIA MARTÍN se adhirió a la opinión de MIR PUIG conforme a la cual por encima de los delitos individuales que componen el complejo del concurso ideal, existe un «tipo subjetivo» específico y privativo del propio complejo concursal. Con estas premisas asentadas, planteó la construcción de un concurso ideal entre un tipo privilegiado y uno agravado de otro básico o fundamental, en el que la consecuencia jurídica reflejara que el elemento de signo favorable incide sobre el elemento de signo desfavorable en el marco penal correspondiente en un sentido compensatorio, reduciéndolo. Véase (1993: 145 y 146, 165 y 166). Uno de los ejemplos utilizados por GRACIA MARTÍN para explicar esta conclusión se centraba en el complejo concursal (ideal) entre la participación en un homicidio y la participación de un extraño en un parricidio, sobre el cual aplicaba la circunstancia atenuante analógica de no parentesco en relación con el anterior CP. La aplicación del concurso ideal en estos supuestos de participación de extraños en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común paralelo, se basa en la idea correcta según la cual el tipo que recoge el elemento desfavorable no era capaz de captar exhaustivamente lo injusto y la culpabilidad del hecho, al no aprehender el elemento de signo favorable. Este tipo de concursos no se podía resolver por la aplicación del artículo 71 del anterior CP, porque este precepto preveía solo la consecuencia jurídica para el concurso ideal de delitos entre elementos típicos del mismo signo desfavorable para el autor: la pena del delito más grave en su mitad superior. A juicio de GRACIA MARTÍN, era necesario contemplar expresamente *de lege lata* la consecuencia jurídica para un concurso ideal entre tipos que contengan elementos de responsabilidad de signo contrario. Véase (1993: 145 y 146).

vista, el concurso ideal entre un elemento de signo *desfavorable* que se valora a través de la aplicación de la participación del *extraneus* en el correspondiente delito especial, y un elemento de signo *favorable* que permite atenuar la responsabilidad centrado en que en el partícipe *extraneus* no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. El elemento de signo *favorable* incide en el marco penal correspondiente del elemento de signo *desfavorable* en un sentido compensatorio, si se opta por la aplicación de la pena inferior en un grado a la pena del correspondiente delito especial (4). Como ha indicado PEÑARANDA RAMOS, generalizando ahora esta opinión para todos los delitos especiales (5), el citado art. 65.3 supone la creación de una especie de «tipo básico» por debajo de los delitos especiales a los que se puede referir la participación de *extranei*, y que es relevante sólo a los efectos de imponer una pena atenuada a los partícipes *extranei* en quienes no concurren las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (6). Ahora bien, en la regulación prevista

(4) Véase más ampliamente M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 119-131); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(5) E. PEÑARANDA RAMOS afirma concretamente que «hablando en términos más bien metafóricos, el § 28 I StGB y el art. 65.3 CP vienen, así, a crear por debajo de los delitos especiales propios una especie de ‘tipos básicos’, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros: las soluciones que en esos preceptos se establecen son, en efecto, en gran medida equivalentes a las que se darían si esos tipos se pudiesen redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, a continuación, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal de que se trate. Puesto que elementos ‘mixtos’ de esas características pueden operar, como es evidente, no sólo fundamentando, sino también aumentando la ‘culpabilidad’ del autor en determinados tipos cualificados de delito, tales supuestos deberían recibir un tratamiento *correspondiente* al de los casos expresamente regulados, que pasaría por la aplicación análoga de los establecido en el art. 65.3 CP, sin más peculiaridad que la derivada del hecho de que este precepto viene a definir, por así decirlo, una especie de ‘tipo intermedio’ al que referir la punición del extraño»; véase E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1450). No obstante, no podemos compartir la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP a los delitos especiales impropios como postula PEÑARANDA, porque en tales delitos las «condiciones, cualidades o relaciones personales» que definen de una manera específica el sujeto activo también fundamentan lo injusto. Véase más ampliamente M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 30-57); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 7-13).

(6) R. ROBLES PLANAS/E. J. RIGGI estiman que «si el art. 65.3 CP viniera a crear un *tipo básico* al que referir la participación de *extranei* en delitos especiales propios, ¿qué sucedía con éstos antes de la introducción del art. 65.3 CP en el año 2003?, ¿y qué suerte correrían si fuera derogado? La respuesta lógica desde un planteamiento que lo conciba como una cláusula de merecimiento de pena es que sin el art. 65.3 CP deberían quedar impunes. De no existir el mencionado *tipo subyacente*, no habría nada en lo que los *extranei* pudieran participar, pues, en realidad, el único tipo existente sería el que realiza el obligado especial»; véanse R. ROBLES PLANAS/E. J. RIGGI (2008: 19). *Cursivas en el original*. No podemos compartir esta opinión porque el castigo de las conductas de participación de *extranei* en un delito especial se deriva de un fundamento material, tal y como se ha expuesto *supra* en el texto:

por nuestro legislador en el art. 65.3 CP existe, en palabras nuevamente de PEÑARANDA RAMOS, un aspecto «relativamente oscuro» entre otros: «el del carácter meramente facultativo de la rebaja de pena que en él se establece» (7). Se trata de un problema oscuro porque no queda nada claro el motivo al que se vincula la atenuación facultativa de la pena de determinados cooperadores necesarios e inductores *extranei* en un delito especial, frente a otros en los que, a juicio de nuestro legislador, no cabría apreciar tal aminoración de la pena. El objetivo que tiene este trabajo, entonces, es exponer las decisiones de nuestra jurisprudencia sobre el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial, ya sea propio o impropio, relacionado con el ejercicio de la función pública.

II. LA PARTICIPACIÓN DE UN INDUCTOR Y COOPERADOR NECESARIO *EXTRANEUS* EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la participación de un *extraneus* en un delito especial tras la entrada en vigor del art. 65.3 CP podemos extraer dos tesis. En primer lugar, estima nuestra jurisprudencia que el mencionado precepto se aplica a todos los delitos especiales, ya sean propios o impropios, como se destaca en las SsTS n.º 63/2017, de 8 de febrero; n.º 507/2020, de 14 octubre, y n.º 589/2020, de 10 noviembre. Nuestro Tribunal Supremo mantiene la unidad del título de imputación para los partícipes *extranei* cooperadores necesarios e inductores en delitos como la malversación de caudales públicos, la falsedad en documento oficial cometido por funcionario público o la detención ilegal por funcionario policial. En concreto, en la STS n.º 507/2020, de 14 octubre, se afirma que «los arts. 28 y 29 CP no exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos —como la malversación— en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28.1º) pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, art. 28.2). Es decir, dicha punición es perfectamente compatible con nuestro ordenamiento para supuestos como el presente contempla, como “*extraneus*” a aquel que sin

el partícipe *extraneus* contribuye en el ataque accesorio al bien jurídico en el seno de unas estructuras sociales o institucionales en las que puede ser lesionado más fácilmente. Véase más ampliamente Mº. A. RUEDA MARTÍN (2010: 83-117); Mº. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(7) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 347).

cumplir los requisitos propios del autor del ilícito, sea funcionario o autoridad, sin embargo sí que se le puede atribuir la participación como cooperador necesario en el delito que ejecuta, en concepto de autor, el funcionario (STS n.º 740/2013, de 7 de octubre), sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la degradación penológica del art. 65.3 CP».

En la STS n.º 651/2017, de 3 de octubre, en relación con el delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432.1 CP también se concluye que: «nos encontramos ante un delito especial, pero ello no supone que no pueda castigarse la aportación de sujeto no funcionario, el *extraneus*, pues una vez que exista un autor de esos delitos, nada impide la participación a título de cooperador necesario, que por ende no realiza la acción típica, sino que interviene en el hecho del autor. Así, la STS n.º 248/2014, de 26 de marzo, con cita de la STS n.º 920/2009, de 18 de septiembre —y las remisiones que realiza a la STS n.º 668/1998, de 14 de mayo— precisan que la doctrina denomina delito especial a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc.; como ciertamente lo es el delito de malversación que exige la condición de funcionario público del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que, aunque el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación —inducción y cooperación necesaria— que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, como las SsTS n.º 641/2012, de 17 de julio (detención por funcionario policial); n.º 636/2012, de 13 de julio (falsedad de funcionario público con participación de particular); y n.º 575/2007, de 9 de junio (malversación). Como indica la STS n.º 740/2013 de 7 de octubre, ..., nuestro ordenamiento considera '*extraneus*', a aquel que, sin cumplir los requisitos personales propios del autor del ilícito, (en autos tener la condición de funcionario), sin embargo, sí que se le puede atribuir la participación como cooperación necesaria o, incluso, la inducción en el delito que ejecuta, en concepto de autor, el funcionario policial. Así, la actual redacción del art. 65.3 CP, que determina en los supuestos en que un particular interviene en un delito especial, como es el del art. 432 CP, la evitación de la ruptura del título de imputación, donde responde como partícipe del delito especial, con independencia de si procede en su caso, aplicar ulteriormente la atenuación punitiva allí prevista». Finalmente, la STS n.º 853/2013, de 21 de octubre, expone asimismo que: «es importante subrayar que a partir de la modificación del art. 65 del CP, esta Sala ha venido entendiendo que en

los supuestos en que un particular interviene en un delito especial impropio, como es el del art. 167 del CP, no ha de acudir a la ruptura del título de imputación —respondiendo el particular del delito común y el funcionario del delito especial impropio—, sino que aquel debe responder como partícipe del delito especial, aplicándose después facultativamente la atenuación punitiva del art. 65.3 del CP. Todo ello de acuerdo con el principio de accesoriadad de la participación. Así ha venido operando este Tribunal con esa clase de delitos especiales impropios cuando intervienen en los hechos funcionarios y particulares: SSTS n.º 641/2012, de 17 de julio (detención por funcionario policial); n.º 636/2012, de 13 de julio (falsedad de funcionario público con participación de particular) y n.º 575/2007, de 9 de junio (malversación)».

En segundo lugar, nuestra jurisprudencia de una manera ampliamente mayoritaria reconoce que la aportación del partícipe *extraneus* en un delito especial tiene un menor potencial lesivo, hasta el punto de concluir en algunos casos que la no atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial contemplada en el art. 65.3 CP es «absolutamente excepcional» (SsTS n.º 277/2015, de 3 de junio, y n.º 841/2013, de 18 de noviembre). En la STS n.º 661/2007, de 13 de julio, se considera que «aunque el art. 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el art. 1 de la Constitución española, ha considerado que la pena del *extraneus* en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor» (8). Ahora bien, como se apunta en las SsTS n.º 494/2014, de 18 de junio; n.º 508/2015, de 27 de julio; n.º 891/2016, de 25 de noviembre y n.º 507/2020 de 14 octubre: «el que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena —hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán—, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la con-

(8) En la STS n.º 508/2015 se indica expresamente que: «efectivamente nuestra jurisprudencia afirma que se trata de una facultad del Tribunal la rebaja de la pena en estos casos; igualmente hemos señalado que en principio la regla general debe ser favorable cuando se trata de no funcionarios precisamente porque no cabe predicar de los mismos la infracción de un deber especial; y que la no aplicación debe ir precedida de una motivación especial y suficiente». Véanse además las SsTS n.º 641/2012, de 17 de julio y n.º 309/2006, de 16 de marzo. Véase también la sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia n.º 73/2017, de 20 de febrero.

currencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe».

En concreto, nuestra jurisprudencia procede a atenuar la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en las siguientes sentencias: SsTS n.º 589/2020, de 10 noviembre; n.º 497/2020, de 8 octubre; n.º 163/2019, de 26 marzo; n.º 511/2018, de 26 octubre; n.º 446/2017, de 21 de junio; n.º 792/2016, de 20 de octubre; n.º 627/2016, de 13 de julio; n.º 606/2016, de 7 de julio; n.º 277/2015, de 3 de junio; n.º 1/2015, de 20 de enero; n.º 494/2014, de 18 de junio; n.º 841/2013, de 18 de noviembre; n.º 853/2013, de 31 de octubre; n.º 316/2013, de 17 de abril; n.º 636/2012, de 13 de julio; n.º 286/2012, de 19 de abril; n.º 1388/2011, de 30 de noviembre; n.º 1080/2010, de 20 de octubre; n.º 606/2010, de 25 de junio; n.º 1300/2009, de 23 de diciembre; n.º 661/2007, de 13 de julio; n.º 627/2006, de 8 de junio; n.º 309/2006, de 16 de marzo; SAN n.º 2/2019, de 3 junio. Asimismo, destacamos las siguientes resoluciones de Audiencias Provinciales: SAP de Granada n.º 361/2019, de 26 septiembre; SAP de Cádiz n.º 312/2019, de 8 octubre; SAP de Las Palmas n.º 458/2018, de 13 diciembre; SAP de Málaga n.º 400/2018, de 15 noviembre; SAP de Albacete n.º 39/2017, de 26 de enero; SAP de Madrid n.º 768/2016, de 23 de diciembre; SAP de las Islas Baleares n.º 170/2016, de 7 de julio; SAP de las Islas Baleares n.º 12/2016, de 19 de enero; SAP de Barcelona n.º 888/2015, de 9 de noviembre; SAP de Cádiz n.º 416/2013, de 29 de noviembre; SAP de Madrid n.º 154/2013, de 31 de octubre; SAP de Madrid n.º 154/2013, de 8 de marzo; SAP de Barcelona n.º 742/2010, de 28 de septiembre; SAP de Barcelona n.º 393/2009, de 30 de marzo; SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2006 y SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2005. Sin embargo, el Tribunal Supremo renuncia a la aplicación de la atenuación de la pena en determinados supuestos de participación de extraños en los delitos especiales, aunque se reconoce con carácter general que la aportación del partícipe *extraneus* tiene un menor potencial lesivo en las siguientes sentencias: n.º 891/2016, de 25 noviembre; n.º 277/2015, de 3 de junio; n.º 841/2013, de 18 de noviembre; n.º 1394/2009, de 25 de enero.

El principal argumento esgrimido por la jurisprudencia para no atenuar la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial es el de la gravedad de su conducta (9). En algunas sentencias se emplea un criterio de gravedad similar

(9) En la STS n.º 627/2006, de 8 de junio de 2006 se establece que: «en el caso de autos procede atender esta menor antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación

al planteado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 26 de marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de reforma CP que culminó con la LO 15/2003, que permite imponer la pena del marco penal establecido para el autor al partícipe *extraneus* o atenuarla en función de la proximidad de su contribución al dominio de la situación, en función de si se facilita en mayor o menor medida el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Por ejemplo, en la STS n.º 277/2015, de 3 de junio, se aplicó la misma sanción al autor de un delito de malversación de caudales públicos que al cooperador necesario, letrado, porque «persistía la abundante repetición de ilícitos y la permanencia en el tiempo, a lo que se debía añadir como dato influyente la condición de letrado del recurrente, circunstancia que le daba un especial protagonismo en el plan trazado, dados sus conocimientos jurídicos». De forma similar se pronuncia la STS n.º 643/2018, de 13 diciembre en relación con el delito de administración desleal. En otros supuestos la gravedad de la conducta incorpora un reproche diferente del apuntado anteriormente dependiendo de la figura delictiva. Así en relación con delitos relativos a la corrupción pública nuestra jurisprudencia expone dos argumentos para no atenuar la pena al partícipe *extraneus* en un delito especial. En primer lugar, la STS n.º 277/2015, de 3 de junio, señala que: «la pena impuesta a Heraclio Sixto ha de tomar en consideración su papel de motor de toda esa secuencia de actividades delictivas, propiciando la corrupción de cargos públicos. Aparece como instigador. Eso justifica que se prescinda de la atenuación que permitiría el art. 65.3 CP: son hechos muy graves y es él quien desencadena toda la secuencia de actividades delictivas enmarcables en lo que se conoce como corrupción animado por un móvil lucrativo: cobra sustanciosamente sus influencias». De forma similar en la SAN n.º 4/2009, 23 de enero, se concluye que: «en el caso de autos, debe anticiparse que no se aplicará el novedoso y potestativo beneficio punitivo mencionado, toda vez que las conductas de los acusados, además de tener la cobertura típica del art. 435.1º del CP, no merecen de una rebaja penal debido a la intensidad de la reprochabilidad criminal, a la permanencia en el tiempo de la actividad comisiva desplegada y a la cuantía de la distracción dineraria perpetrada». La STS n.º 1394/2009, de 25 de enero, apoya esta tesis al afirmar que «el tiempo de permanencia en la conducta antijurídica o el importe total de la sustracción —muy superior al considerable como determinante de la aplicación del tipo agravado— son elementos ponderables por el Tribunal de instancia, sin que merezcan la censura de esta Sala». En segundo lugar, la SAP de las Islas Baleares n.º 28/2008, indica que:

funcionarial y el ejercicio de esa facultad, debe ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcionarial, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, sino también la gravedad de la conducta realizada». Véase también la STS n.º 350/2005, de 17 de marzo, comentada por V. GÓMEZ MARTÍN (2007: 539 ss.).

«por el mismo delito referido Lucio tendría la posibilidad de que este Tribunal rebajara en un grado la pena a imponer, si bien atendida su condición de alcalde presidente del Ayuntamiento de Andratx en la fecha de los hechos, el absoluto desprecio demostrado por la legalidad vigente y la ausencia de cualquier disimulo en procurarse una licencia que le permitiera construir a la vista del resto de los ciudadanos de la localidad, obliga a que no se haga uso de la facultad que viene reconocida en el art. 65.3 CP de imponer la pena en un grado inferior». La determinación de la gravedad de la conducta del partícipe *extraneus* en un delito especial con arreglo a los criterios que utiliza la jurisprudencia puede ser atendida, aunque presenta como objeción un margen de discrecionalidad en función de unos elementos —el absoluto desprecio demostrado por la legalidad vigente, el protagonismo en el plan trazado por el autor, el cobro o la distracción de importantes cantidades de dinero, etc.—, cuya apreciación y consideración como graves no se encuentran recogidos legalmente o pueden variar de un juzgador a otro con la consiguiente incertidumbre que conlleva tal valoración. En mi opinión, debemos plantearnos si existen otros criterios que permitan afirmar una mayor gravedad del comportamiento del partícipe *extraneus* en un delito especial en función de otros parámetros que proporcionen más seguridad jurídica.

Nuestro legislador en el art. 65.3 CP se ha inclinado por una atenuación facultativa de la pena en los supuestos de participación de *extranei* en aquellos delitos que exigen unos determinados elementos que limitan la autoría a una clase de sujetos, lo que nos obliga a cuestionarnos en qué supuestos cabe aplicar tal atenuación. La doctrina no ha aclarado todavía de una manera concluyente este punto, aunque ha habido alguna aportación relevante. Por ejemplo, para PEÑARANDA RAMOS el fundamento de la atenuación del partícipe *extraneus* se puede encontrar en «las distintas exigencias de respeto que, en relación con el conjunto de intereses que están en juego, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, pueden pesar sobre los sujetos así cualificados y sobre los particulares» (10). En efecto, si profundizamos en la relación que existe entre la acción de los particulares cuya conducta se ha tipificado de una forma expresa y el ejercicio de la función pública que constituye el punto de referencia de los tipos en los delitos contra la Administración pública, podemos concluir que el legislador ha establecido distintas exigencias de respeto sobre los funcionarios públicos o autoridades y sobre los particulares, pero tales exigencias deben vincularse al diverso fundamento material que limita la autoría a una determinada clase de sujetos en los delitos especiales (11).

(10) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 1430 ss.).

(11) Sobre las exigencias de respeto que atañen a los funcionarios públicos o autoridades en los delitos contra la Administración pública y la necesidad de vincularlas al fundamento material que limita la autoría a esta clase de sujetos en esta clase de delitos especiales, véanse las consideraciones planteadas por F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2003: 340 ss.).

Veamos cómo ha contemplado el legislador las aludidas exigencias de respeto entre unos y otros en unos ejemplos en el marco de los delitos relacionados con el ejercicio de la función pública.

El art. 414.2 CP tipifica la conducta llevada a cabo por un particular consistente en destruir o inutilizar los medios puestos por la autoridad competente para impedir o restringir el acceso a un documento, con una pena inferior a la del funcionario público o autoridad que realiza la misma conducta descrita en el art. 414.1. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA estiman que «la circunstancia excepcional de que el ataque provenga de un particular es tomada en consideración por el legislador para atenuar la pena, ya que el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración vincula de distinta forma a los funcionarios y a los particulares. Mientras estos últimos únicamente deben respetar dichos principios en las relaciones que ocasionalmente entablan con la Administración, es sobre los funcionarios públicos sobre quienes pesa una específica obligación jurídica de prestar sus servicios conforme a los principios y valores sobre los que se articula la actividad pública. Este distinto *'status'* de unos y otros, comporta una también diversa valoración jurídico-penal de sus conductas» (12). En mi opinión el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración del que hablan estos autores no es suficiente para explicar el contenido de lo injusto del delito tipificado en el art. 414.2 CP. El contenido de injusto se explica por el hecho de que el particular accede de un modo puramente fáctico al dominio social típico para lesionar el bien jurídico protegido, pero es el funcionario público quien ostenta la función de dominio social inherente a su *status*. A mi juicio, todos los delitos relativos al ejercicio de una función pública son delitos especiales de dominio social (13). Según GRACIA MARTÍN, el dominio social penalmente relevante se caracteriza y, a la vez, se concreta: a) porque el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social e institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social específica (14); b) porque dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial y permanente, o bien solo de un modo ocasional al bien jurídico (función de dominio social) (15); y c) porque solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social). Las acciones de dominio social

(12) Véanse F. MORALES PRATS/M^o J. RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1694). Coincide R. REBOLLO VARGAS (2013: 303).

(13) Véase M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 30-51).

(14) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 361 ss.).

(15) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 364 ss.).

son características y, por eso, típicas del ejercicio de funciones que desempeñan exclusivamente determinados sujetos en ámbitos específicos de dominio, o aun no siendo inherentes al ejercicio de las funciones que se desarrollan en tales ámbitos, sin embargo se cargan de una intensidad y de un significado específicos y relevantes cuando se llevan a cabo precisamente en relación y con motivo del ejercicio de una función social o institucional (16). En virtud del acceso al dominio social típico establecido en el art. 414.2 CP se realiza la conducta por el particular tipificada como delito, que fundamenta un desvalor diferente del que se recoge en el delito de daños. Además, este acceso del particular al dominio social típico en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido, comporta una diferente valoración jurídico penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta dicho dominio social típico del art. 414.1 CP. Este es el motivo que fundamenta la atenuación de la pena en el art. 414.2 y del que se deducen distintas exigencias de respeto sobre el funcionario público y sobre el particular, según el conjunto de intereses que están en juego en esta concreta conducta delictiva.

Si nos centramos ahora en la conducta tipificada en el art. 418 CP (17) comprobamos que el particular necesita previamente que el funcionario haya consumado la conducta descrita en el art. 417 del mismo texto legal. La conducta del particular sería impune como atentado contra la Administración pública si no existiera el mencionado art. 418. En este caso concreto el acceso al dominio social típico por parte del particular tiene lugar en la fase de agotamiento del delito, como también sucede en el art. 406 CP donde se tipifica como delito la aceptación de la propuesta, nombramiento o toma de posesión para el ejercicio de un determinado cargo público sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello. Como la intervención del particular que acepta el nombramiento, propuesta o toma de posesión tiene lugar en la fase de agotamiento del delito recogido en el art. 405, su castigo no podía haberse efectuado a través de las reglas generales de la participación delictiva, porque no se acepta la codelincuencia entre la consumación formal y la terminación o agotamiento del delito (18). El fundamento en virtud del

(16) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 368 ss.)

(17) En este precepto se establece que «*el particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triple del beneficio obtenido o facilitado y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de uno a tres años. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis a diez años.*»

(18) Véanse G. JAKOBS (1991, 708 ss.); N. BITZLEKIS (1987: 733).

cual la conducta del particular está expresamente regulada y castigada junto a la actuación del funcionario público, reside en que mientras el funcionario público ostenta el dominio social típico, el *extraneus* accede al mismo en el que se desarrolla la función pública, y tanto uno como otro tienen un poder de decisión acerca de la situación del bien jurídico. También aquí existe una diferente valoración jurídico penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta dicho dominio social típico. En suma, si bien es cierto que en los delitos contra la Administración pública podemos encontrar una diferente penalidad en relación con los comportamientos cometidos por autoridad o funcionario público y por los particulares *extranei*, que se basa en distintas exigencias de respeto que pueden pesar sobre los sujetos así cualificados y sobre los particulares, sin embargo, dichas exigencias de respeto diferentes se vinculan a determinadas estructuras materiales que giran en torno al dominio social típico.

Como hemos indicado, nuestro legislador en el art. 65.3 CP se ha inclinado por una atenuación facultativa de la pena en los supuestos de participación de *extranei* en los delitos especiales, lo que nos obliga a cuestionarnos en qué supuestos cabe aplicar tal atenuación. Con la decisión político criminal adoptada por nuestro legislador en el art. 65.3 CP, se puede estimar que puede haber casos en los que, aunque la aportación del partícipe *extraneus* tenga un menor potencial lesivo, se renuncia a la aplicación de la atenuación de la pena para la participación de extraños en los delitos especiales. Debemos exponer, seguidamente, en qué supuestos cabe renunciar a la atenuación de la pena del cooperador necesario y del inductor *extraneus* en un delito especial.

En primer lugar, en los delitos especiales, como sucede en los delitos comunes, es necesario distinguir diversas formas de codelinuencia. Siempre será necesario que haya un autor *intraneus* pero también, adicionalmente, pueden intervenir *intranei* que no sean autores sino partícipes y, finalmente, pueden intervenir *extranei* como partícipes. Podemos preguntarnos si en todos los delitos especiales cabe la participación de un *intraneus* junto con la de un *extraneus* o si, por el contrario, sólo cabe la participación de un *extraneus*. En el delito de prevaricación judicial tipificado en el art. 446 CP el sujeto cualificado no puede ser un juez o magistrado cualquiera, sino que debe tratarse de un juez o magistrado que conozca un asunto en un procedimiento judicial determinado según el ámbito de sus competencias. Si sólo tenemos a un juez exclusivamente competente para resolver dicho asunto (un *intraneus*) ¿podemos hablar en un supuesto de tales características de la participación de un *intraneus*? La respuesta tiene que ser negativa si sólo hay un único juez competente para resolver el caso judicial. En un supuesto como el expuesto sólo cabe pensar en la participación de un *extraneus*. Lo mismo podemos decir del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP: si sólo tenemos a un funcionario público o autoridad competente para resolver sobre un asunto

en un procedimiento administrativo, en tales casos tampoco podemos hablar de participación de un *intraneus*, sino sólo de un *extraneus*. En los tipos delictivos que acabamos de exponer —delitos especiales propios— en los que la realización de la acción típica (dictar, a sabiendas, una sentencia o resolución injusta o dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo) presenta como cualidad específica el ejercicio de una determinada función social o institucional que es monopolio de una clase de sujetos (un juez competente o un funcionario público o autoridad competente), podemos encontrarnos con situaciones en las que la participación de *intranei* quede prácticamente excluida porque en tales casos la intervención de un *intranei* sólo puede ser a título de autor. En tales casos sólo cabe apreciar una autoría de un *intraneus* y una participación de *extranei*. Aunque los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei* no tienen para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intranei* (19), en esta clase de supuestos particulares circunscritos a determinados delitos especiales propios en los que no existiría la posibilidad de participación de *intranei*, el legislador permite renunciar a la aplicación de la atenuación de la pena en los mencionados partícipes *extranei* (20).

En segundo lugar, debemos preguntarnos sobre la valoración del comportamiento del *extraneus* cuando interviene en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común paralelo. Como hemos argumentado antes en el extraño que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en un delito especial concurre un elemento que para él es *desfavorable* y en el que se fundamenta su responsabilidad. Pero el extraño se encuentra también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable*, esto es, que debe atenuar su responsabilidad porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. En estos supuestos en los que interviene un extraño en un delito especial impropio cuando valoramos el elemento *favorable* indicado debemos tener presente el

(19) Véase más ampliamente sobre el menor potencial lesivo de las acciones de los partícipes *extranei*, que degrada la medida de su injusto. M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 115-117).

(20) En contra, no obstante, E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 348 ss.), quien pregunta «¿puede depender el merecimiento de pena del partícipe *extraneus* en un delito de prevaricación de que la resolución dictada competa a un órgano individual o a uno colegiado o en una malversación de que la disposición de los caudales públicos esté confiada a un funcionario o a una pluralidad de ellos?». La respuesta debe ser afirmativa porque si en el caso concreto solo cabe plantear la participación de un *extranei*, el desvalor de dicha conducta permitiría renunciar a una atenuación de la pena, diferenciándose este supuesto de aquél en el que caben partícipes *intranei* y *extranei*, tal y como se ha indicado en el texto. En este argumento reside la renuncia a dicha atenuación de la pena del partícipe *extraneus* y se contesta la objeción presentada por V. GÓMEZ MARTÍN (2014: 400 ss.).

correspondiente delito común paralelo, pero no a los efectos de imponerle la pena del citado delito común paralelo. Como hemos puesto de manifiesto, en cualquier caso de participación de un *extraneus* en un delito especial, este elemento de signo *favorable* se compensa con el elemento *desfavorable* mediante la aplicación del «tipo básico» por debajo del correspondiente delito especial que se contiene en el art. 65.3 CP para la participación de *extranei*. Sin embargo, la intervención de un *extraneus* tanto en el delito común paralelo como en el delito especial impropio puede dar lugar a diferentes calificaciones de mayor o menor gravedad, que inciden en un mayor o menor merecimiento de pena y que se podrían tener en cuenta con la aplicación facultativa de la atenuación de la pena prevista en el citado art. 65.3.

a) Así nos podemos encontrar supuestos en los que el partícipe *extraneus* en el delito especial impropio sea a su vez partícipe en el delito común paralelo. Por ejemplo, un funcionario público, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa por delito, y prevaliéndose de su cargo se apodera de unas cartas personales de alguien con el fin de vulnerar su intimidad. El funcionario público *intraneus* ha realizado un hecho como autor que es subsumible a la vez en el tipo recogido en el art. 198 CP en concurso de leyes con el apartado 1º del art. 197, teniendo preferencia el art. 198 por ser la ley especial. Debemos recordar que la relación entre el delito especial impropio y el delito común, desde un punto de vista material, es una relación valorativa de más grave-menos grave, en la medida en que el contenido de desvalor del delito común está implícito en el del delito especial impropio (21), pero esta afirmación no supone restar autonomía al delito especial impropio respecto del delito común. Esta conducta de apoderamiento la ha podido realizar el funcionario público con la cooperación (necesaria) de una persona B que no ostentaba esa condición (22). Como hemos puesto de relieve la posición personal del extraño es distinta a la del autor ya que en el autor concurren elementos que sólo son *desfavorables*, que fundamentan su responsabilidad. Sin embargo, en el extraño que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en el art. 198 CP concurre un elemento que para él es *desfavorable* y en el que se fundamenta su responsabilidad. A su vez dicho extraño se encuentra también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable*, esto es, que debe atenuar su responsabilidad porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. En este supuesto si no es un funcionario público quien coopera a que

(21) Véanse E. GIMBERNAT ORDEIG (1999: 394); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1443).

(22) Para este *extraneus* no puede fundamentarse un concurso de leyes a diferencia de lo que sucede con los que intervienen a título de autor, ya que el concurso de leyes tiene una naturaleza personal, tal y como lo puso de manifiesto E. PEÑARANDA RAMOS (1991: 162 ss., 187 ss.).

un *intraeus* se apodere de unas cartas personales de alguien con el fin de vulnerar su intimidad, tenemos presente el delito común paralelo al mencionado delito especial impropio, en este caso el art. 197.1 CP y en relación con este tipo penal B interviene asimismo como cooperador necesario. La concurrencia de ambos elementos y su compensación se valora mediante la aplicación del «tipo básico» del art. 65.3 CP por debajo del delito especial contemplado en el art. 198 CP. En un supuesto de tales características en el que el extraño interviene a título de cooperación necesaria, tanto en el delito especial impropio como en el tipo común paralelo, la atenuación de la pena se fundamenta en el menor desvalor de lo injusto en la conducta del partícipe *extraneus*, y además en este caso procede aplicarla porque existe una identidad cualitativa en la imputación de los hechos a título de cooperador necesario tanto en el delito especial impropio como en el delito común.

b) También nos podemos encontrar casos en los que el partícipe *extraneus* en el delito especial impropio sea a su vez autor en el delito común paralelo, aunque no se contempla de momento un ejemplo en nuestro CP en relación con los delitos relacionados con el ejercicio de la función pública. Pensemos, sin embargo, en unas coacciones leves infligidas a una mujer por A (esposo de la víctima) y por C (un extraño que conocía la relación conyugal existente entre A y la víctima) como coautores. A ha realizado un hecho subsumible en el delito de coacciones leves castigado tanto en el art. 172.2 CP como en el art. 172.3, segundo párrafo, CP, pero estos tipos se encuentran en relación de concurso de leyes y tiene preferencia el delito tipificado en el art. 172.2 por ser ley especial. El esposo A de la víctima deberá ser castigado como autor de un delito de coacciones leves en el marco de un delito de violencia de género. El extraño C ha intervenido en un hecho con el pleno conocimiento de la existencia de una relación conyugal entre el esposo y la mujer víctima a quien además ha coaccionado levemente. El extraño realiza como cooperador necesario el tipo de las coacciones leves castigado como delito en el art. 172.2 CP, pero al mismo tiempo actúa como autor del delito de coacciones leves del art. 172.3, primer párrafo, CP, puesto que es un sujeto que no pertenece al círculo de personas con respecto a las que el Derecho ha desvalorado más gravemente la acción de coaccionar aun de forma leve. Del mismo modo, pensemos en una estafa inmobiliaria en la que intervienen A (que acaba de vender un inmueble por segunda vez antes de la definitiva transmisión de la propiedad al primer adquirente) y C (que se encarga junto con A de configurar y ejecutar el engaño de la segunda compraventa). En tal supuesto, A ha realizado como autor el delito de estafa inmobiliaria del art. 251.2^o y de la estafa del art. 248 CP. Estos tipos se encuentran en relación de concurso de leyes y tiene preferencia el delito tipificado en el art. 251.2^o por ser la ley especial. El extraño C realiza como cooperador necesario el tipo del art. 251.2^o puesto que es un sujeto que no es el propietario de la vivienda

enajenada, pero al mismo tiempo actúa como autor de la estafa tipificada en el art. 248 CP. En ambos casos en los que el comportamiento del extraño en el delito común sea de autoría porque ostenta el dominio del hecho y en el delito especial impropio sea, sin embargo, de cooperación necesaria porque no ostenta la especial posición de dominio o el dominio social típico, que se erige en el fundamento material que explica la limitación de la autoría, aunque pueda estar fundamentada la atenuación de la pena porque en el extraño concurre un elemento de signo *favorable*, el legislador permite no atenuar la pena en esta clase de supuestos por la mayor gravedad cualitativa que supone la intervención del *extraneus* a título de autor en el delito común paralelo.

En tercer lugar, podemos plantear una última hipótesis en la que cabría no aplicar una atenuación de la pena en el partícipe *extraneus* en un delito especial por motivos de proporcionalidad en la sanción. PEÑARANDA RAMOS ha llamado la atención «sobre la posibilidad de que una rebaja tan amplia de la pena pudiese hacer caer la responsabilidad del partícipe no personalmente cualificado por debajo de algún límite claramente trazado del que se dedujese la existencia de un *quantum* mínimo más elevado como sanción proporcionada» (23). Esta situación podría plantearse en relación con determinados delitos especiales impropios y sus correspondientes delitos comunes. Pensemos, por ejemplo, en un delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima que contempla en el art. 166.1 CP una pena de prisión de diez a quince años. Al cooperador necesario o al inductor en este delito habría que aplicarles la misma pena según el art. 28. En el caso de que tal detención ilegal con desaparición forzada de la víctima la realizara una autoridad o funcionario público, la pena establecida en el art. 167.1 es de prisión de diez a quince años en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Por tanto, el juez puede imponer la pena señalada en su mitad superior, esto es, una pena de prisión de 12 años 6 meses y 1 día hasta 15 años. Si interviene un cooperador necesario o un inductor *extraneus* y el juez aplica la atenuación en un grado sobre la pena indicada en virtud del art. 65.3 CP, resultaría una pena de prisión de 6 años y 3 meses hasta 12 años y 6 meses. La imposición del límite mínimo, 6 años y 3 meses, al partícipe *extraneus* puede hacer caer su responsabilidad por debajo del límite trazado —prisión de diez años— en el delito común de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima establecido en el art. 166 para inductores y cooperadores necesarios. Con el fin de evitar esta desproporción entre las sanciones previstas en un delito especial

(23) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 349 ss.); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1450, nota 88). H. FRISTER también ha expuesto esta objeción para rechazar la aplicación de lo dispuesto en el § 28 I del StGB y la correspondiente disminución obligatoria de la pena que recoge el § 49 I del StGB a los delitos especiales impropios relacionados con la Administración pública. Véase H. FRISTER (2011: 456).

impropio y el correspondiente delito común, con la atenuación facultativa de la pena establecida en el art. 65.3 CP el legislador podría permitir la renuncia a la atenuación de la pena del partícipe *extraneus*. Debemos recordar que en los delitos especiales impropios, como el previsto en el art. 167.1 CP, también se protegen bienes jurídicos accesibles en principio al dominio de todos. Pero cuando el bien jurídico ha entrado circunstancialmente en una determinada estructura social dominada por cierta clase de sujetos definidos, el Derecho penal, dada la especial exposición del bien jurídico y su especial vulnerabilidad por el dominio de tales sujetos, valora como más grave el ataque en tales estructuras y otorga una protección especial destacada de la protección general frente a todos (24). Ello explica asimismo que la relación entre el delito especial impropio y el delito común, desde un punto de vista material, sea una relación valorativa de más grave-menos grave, en la medida en que el contenido de desvalor del delito común está implícito en el del delito especial impropio (25), aunque éste último implica un plus que no puede ser abarcado por el correspondiente común en el sentido expuesto. La atenuación facultativa de la pena aplicable al cooperador necesario y al inductor *extraneus* en estos delitos especiales permite evitar la posible desproporción que, en su caso, se pudiera plantear entre las sanciones aplicables a estas formas de participación en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común.

III. EL MERECEIMIENTO DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL CÓMPLICE *EXTRANEUS* EN UN DELITO ESPECIAL

Otra decisión problemática de la regulación del art. 65.3 CP es la limitación de la atenuación de la pena al inductor y al cooperador necesario *extranei* y la correspondiente exclusión del tenor literal del art. 65.3 CP del partícipe *extraneus* que actúa como cómplice (26). Dicha exclusión no tiene ningún fundamento aunque se haya previsto ya una atenuación general de la pena para el cómplice que interviene en un hecho delictivo en virtud de lo establecido en el art. 63: «a los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para

(24) Véase L. GRACIA MARTÍN (1986: 98).

(25) Véanse E. GIMBERNAT ORDEIG (1999: 394); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1443).

(26) En el Anteproyecto de reforma del CP que dio lugar, posteriormente, a la LO 15/2003 se propuso la siguiente redacción originaria del apartado 3^o del artículo 65 CP: «cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada». Sobre esta propuesta y su posterior modificación, véanse las consideraciones efectuadas por J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 B: 464 ss.).

los autores del mismo delito». Al cómplice *extraneus* que haya intervenido con una contribución a la realización de un delito especial le corresponderían dos atenuaciones: una por ser cómplice (art. 63 CP) y otra por no ostentar las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor (27). Para paliar la inconsecuencia que supone aplicar la atenuación de la pena únicamente al *extraneus* que actúa como inductor y cooperador necesario del art. 65.3 CP, cabe recurrir a la aplicación por analogía *in bonam partem* de lo dispuesto en el último precepto indicado, en virtud del art. 4.1 del Código civil (28), a los supuestos de participación del cómplice *extraneus* (29). Lo que deberíamos plantearnos, entonces, es si la *ratio* del dato de la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor en el inductor y en el cooperador necesario en un delito especial, que supone una menor gravedad de lo injusto, presenta una identidad de razón con el dato de la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor en el cómplice en un delito especial, con el fin de apreciar una analogía legal. La respuesta tiene que ser por fuerza afirmativa ya que la única diferencia entre la participación de un inductor y cooperador necesario *extranei* en un delito especial y la participación de un cómplice en la misma clase de delitos, se centra en la valoración diferente de la aportación (menor gravedad de la aportación del cómplice) que realiza cada uno de estos partícipes en relación con el hecho cometido por el autor (30).

(27) Antes de la entrada en vigor del artículo 65.3 CP, se mostraba partidario de una doble atenuación de la pena aplicable al cómplice *extraneus* en un delito especial, desde el punto de vista de la tesis de los delitos de infracción de un deber, J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002: 273). También J. M. ROSA CORTINA (2005: 1325). Tras la entrada en vigor del precepto indicado véase J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 a: 314 ss.); J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 b: 466 ss.).

(28) Según el artículo 4.1 del Código civil: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

(29) De acuerdo también con esta solución J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 b: 466, 476).

No podemos utilizar el recurso de la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 CP en relación con el artículo 65.3, que establece que son circunstancias atenuantes «*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*», porque en el catálogo de tales circunstancias contempladas en el artículo 21 CP no se menciona ninguna de la que quepa deducir por analogía, un fundamento para una atenuación de la pena de aquel partícipe en quien no concurre las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor. Sin embargo, aplica a los cómplices *extranei* en un delito especial propio, la atenuación prevista en el artículo 65.3 CP por analogía con base en el artículo 21.7, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (2005: 971).

(30) Argumenta en contra de esta solución V. GÓMEZ MARTÍN (2014: 401), objetando que «el tratamiento unitario de inductor, cooperador necesario y cómplice *extraneus* previsto

Estos argumentos son los que se exponen en la STS n.º 507/2020, de 14 de octubre, en un supuesto de complicidad en un delito de malversación de caudales públicos: «es cierto que explícitamente el art. 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así de aplicación el art. 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición. Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del art. 65.3 CP. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en los que opera o puede operar la rebaja (STS n.º 391/2014, de 8 de mayo)... No ha sido excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia (art. 63 más art. 65.3 CP). La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004, de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como "extraneus". Consecuentemente en el caso actual si la propia sentencia consideró aplicar a los cooperadores necesarios Elias Anselmo, Emilio Casimiro, Guillerma Hortensia —cabecillas de la trama— la rebaja en un grado de la pena, a los que considera cómplices, como la recurrente, les debió aplicar la misma rebaja que a aquellos del art. 65.3 CP y además la rebaja del art. 63 CP por tener la condición de meros cómplices, lo contrario vulneraría el principio de

en el precepto que nos ocupa *carece de todo fundamento dogmático*». *Cursivas en el original.* Conviene subrayar al respecto que en mi propuesta, precisamente, no existe un tratamiento unitario para el inductor, cooperador necesario y cómplice, porque se tiene en cuenta la valoración diferente de la aportación que realiza cada uno de estos partícipes en relación con el hecho cometido por el autor. Por ello el cómplice merece dos atenuaciones en el sentido explicado en el texto y no sólo una.

Esta analogía *in bonam partem* no contradice, en mi opinión, lo que establece el artículo 4.1 y 3 CP. Tal y como sugiere GRACIA MARTÍN para poder aplicar eximentes por analogía, en el artículo 4.3 CP, se ha introducido la mención expresa de la alternativa de petición de indulto como remedio para los casos en que, estimando el Juez o el Tribunal que la acción u omisión no debieran ser penadas, no hayan podido excluir la punibilidad ya antes ni siquiera mediante la aplicación de una eximente por analogía, por no haber « semejanza e identidad de razón » en el suceso enjuiciado con respecto al supuesto de hecho de alguna de las eximentes reguladas expresamente en el Código y no ser procedente, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código civil, la aplicación analógica de la ley. A juicio de este autor si se acoge esta interpretación, cabría aplicar por analogía al desistimiento en los actos preparatorios la exención del artículo 16.2 CP para el desistimiento en la ejecución, pues no cabe duda acerca de la semejanza de los supuestos y de la identidad de razón de los mismos. Véase L. GRACIA MARTÍN (1996: 268). Desde mi punto de vista cabe argumentar de la misma manera en la aplicación de la atenuación facultativa de la pena al cómplice por analogía de la prevista para los inductores y cooperadores necesarios.

proporcionalidad al imponer la misma pena al cómplice que al cooperador necesario» (31).

No obstante, algunos autores rechazan la aplicación de dos atenuaciones al cómplice *extraneus* en un delito especial. ROBLES PLANAS y RIGGI estiman que no debe operar una doble rebaja penológica en el caso de los cómplices, porque «la referencia del art. 65.3 CP a los inductores y cooperadores necesarios debe entenderse como mero recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor importancia también en los *delitos especiales* (aquí llamados *delitos de posición*). Aquellas que fenomenológicamente aparezcan como de *autoría legal* (esto es, inducción o cooperación necesaria), deben ser finalmente calificadas como de *complicidad* si, tras la valoración de todas las circunstancias que determinan la relevancia de las aportaciones, debe llegarse a la conclusión de que aquéllas presentan una menor intensidad. Ciertamente, hacer afirmar al art. 65.3 CP que ‘todo interviniente puede ser considerado cómplice cuando su aportación sea de menor relevancia que la del autor’, no es hacerle afirmar demasiado» (32). Al respecto es preciso indicar que esta interpretación podría resolver la cuestión relativa a la atenuación de la pena del cómplice que participa en un delito especial, pero, sin embargo, resulta no sólo muy forzada sino que además se le hace decir algo al art. 65.3 que no afirma expresamente. Por una parte, dicha interpretación resulta forzada porque las conductas de inducción y de cooperación necesaria son las que se definen en el art. 28 CP, y el art. 65.3 se limita a indicar que si en el inductor y cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, se les podrá aplicar la pena inferior en grado, pero no se afirma que podrán responder como cómplices. Del señalado precepto se deduce que la aportación de un inductor o cooperador necesario *extraneus* en un delito especial puede tener un menor potencial lesivo y, por ello, un menor contenido de injusto por la ausencia en ellos de las condiciones, cualidades o

(31) Parece que se rechaza una doble rebaja de la pena para el cómplice *extraneus* en un delito especial en la STS n.º 627/2016, de 13 de julio: «Degradación penológica del art. 65.3 y degradación por complicidad son dudosamente acumulables según un importante sector doctrinal. La dicción del art. 65.3 parece clara: alcanza solo al cooperador necesario y al inductor (STS n.º 277/2015, de 3 de junio). No ha sido siempre excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia (art. 63 más art. 65.3)». La jurisprudencia alemana ofrece dos posiciones: una parte de la jurisprudencia alemana rechaza una doble rebaja de la pena por el § 49 I en relación con el § 28 I del StGB cuando estamos ante una conducta de cooperación ya que le corresponde una atenuación en virtud del § 27 II del StGB; véase U. KINDHAUSER (2017: número marginal 3). Otro sector estima que caben las dos rebajas de la pena; véase W. JOECKS (2020: número marginal 54).

(32) Véanse R. Robles Planas/E. J. Riggi (2008: 23 ss.). Cursivas en el original; E. J. Riggi (2014: 380).

relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor; pero no se deduce que la aportación al hecho por parte del inductor y del cooperador necesario sea valorativamente idéntica a la aportación del cómplice.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BITZILEKIS, Nikolaos (1987): «Über die Strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99, pp. 723 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis (1993): *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 397 pp.
- FRISTER, Helmut (2011): «Gibt es keine unechten oder keine reinen Amtsdelikte?», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 451 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999): «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, pp. 375 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2007): «Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de extraneus. (Comentario a la STS 350/2005, de 17 de marzo de 2005. Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 60, pp. 539 ss.
- (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 383 ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis (1985): *El actuar en lugar de otro, I. Teoría General*, Zaragoza, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 488 pp.
- (1986): *El actuar en lugar de otro, II. Estudio específico del art. 15 Bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 290 pp.
- (1996): «El "iter criminis" en el Código penal español de 1995», *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 27, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 257 ss.
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlín, Walter de Gruyter.
- JOEKS, Wolfgang (2020): «§ 28», en JOEKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 4^a ed., München, C. H. Beck.
- KINDHÄUSER, Urs (2017): «§ 28», *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7^a ed., Baden-Baden, Nomos.

- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, M^o José (2016): en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10^o ed., Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1694 pp.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (2008): «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Madrid, Edisofer, pp. 1419 ss.
- (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 318 ss.
- (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, Civitas, 212 pp.
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2013): en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 299 ss.
- RIGGI, Eduardo Javier (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 359 ss.
- ROBLES PLANAS, Ricardo/RIGGI, Eduardo Javier (2008): «El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, 29 pp.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la (2005): «El nuevo tratamiento penal de la participación del *extraneus* en delitos especiales», *La Ley*, 6297, D-179, pp. 1321 ss.
- RUEDA MARTÍN, M^o Ángeles (2010): *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Granada, Comares, 145 pp.
- (2018): «El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal español», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, 37 pp.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2014 a): «Delito de infracción de deber», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 288 ss.
- (2014 b): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 432 ss.

- (2002): *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 327 pp.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2003): *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 519 pp.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2005): «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios. (Análisis del art. 65.3 del Código penal)», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, pp. 965 ss.

LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y EN LA ALTA DIRECCIÓN DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS (*)(**)

REYES PALÁ LAGUNA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE COTIZADAS: DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA AL GOBIERNO CORPORATIVO.– III. ALGUNAS EVIDENCIAS EN FAVOR DE LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO.– IV. LA PRESIÓN SOBRE EL FOMENTO DE LA DIVERSIDAD POR LOS GRANDES INVERSORES INSTITUCIONALES.– V. LOS AVANCES LEGALES EN LA DIVERSIDAD DE GÉNERO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.– VI. LOS ÚLTIMOS AVANCES DE SOFT LAW EN ESPAÑA: LA REFORMA DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE 2015 Y LAS DIRECTRICES DE LA AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA EN MATERIA DE INCREMENTO DE LA DIVERSIDAD EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN: 1. La reforma del Código de Buen Gobierno de 2015.– 2. El informe de la Autoridad Bancaria Europea sobre la diversidad en los consejos de administración de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y la brecha salarial.– VII. LA INTRODUCCIÓN DE CUOTAS POR LEY.

RESUMEN: El *soft law* o derecho indiciario no es suficiente para incrementar el número de consejeras en las sociedades cotizadas. La Ley 31/ 2014, de 3 de diciembre ha supuesto un incremento de mujeres en los consejos de administración, pero no de altas directivas y la brecha continúa. En este trabajo analizamos los progresos que en

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 23 de enero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de febrero de 2021.

(**) Este breve estudio pretende contribuir al merecido homenaje al profesor Dr. Dr. h. c. mult. Luis Gracia Martín, al que siempre recuerdo de buen humor, incluso ante la adversidad: rasgo difícil de encontrar y propio de mentes brillantes. Sus estudios —furbundo ataque— sobre el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son excepcionales (v. ad ex., «La inexistente responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», 2015, disponible en <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia-Luis-Gracia.pdf>). Y, probablemente sin ser consciente de ello, ya que valoraba la capacidad intelectual por encima del género, fue hombre pionero en la Facultad de Derecho de Zaragoza: todos sus discípulos directos son mujeres.

(Trabajo realizado en el marco del Proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-095721-B-I00, «Blockchain y Derecho societario. Bigdata, Fintech y la protección del usuario de los servicios financieros», v. <https://blockchainyderechosocietario.wordpress.com/>).

materia de diversidad de género se han producido en España, y sus últimos desarrollos, con especial atención al Código de Buen gobierno corporativo revisado en 2020 y a la legislación sectorial financiera española y europea puesto que marcan el camino a seguir en materia de diversidad en el consejo de administración. La aproximación al tema parte de la distinción entre la responsabilidad social corporativa y el gobierno corporativo a la hora de promover la presencia de mujeres en la empresa. Terminamos el estudio con una referencia a la legislación que en materia de cuotas ha sido aprobada en varios países de nuestro entorno.

Palabras clave: diversidad de género; responsabilidad social corporativa; gobierno corporativo; brecha de género; cuotas.

Gender diversity on board's membership and senior managers

ABSTRACT: Soft Law is not enough for increasing the number of female directors. Law 31/2014, of December 3, 2014, has fostered the presence of women on boards, but not of female senior managers and the gap continues at listed companies. In this paper we review the progress made on gender diversity in Spain and analyze the latest developments, with special attention to the Good Governance Code of Listed Companies (2020) and to the European and Spanish specific financial regulation that lead the way to move forward. A distinction is made between the approach of the corporate social responsibility and from corporate governance to promote the presence of women at various company levels. We ended the study referring the quota regulations in several countries.

Key words: gender diversity; Corporate Social Responsibility; Corporate Governance; gender gap; gender quotas.

I. INTRODUCCIÓN

La conveniencia de incrementar la presencia de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas es una cuestión que a nivel legislativo —con independencia del carácter dispositivo o programático de la normativa privada vigente— se plantea en nuestro país a comienzos de este siglo, al igual que sucede con el resto de países de la Unión Europea.

De un lado, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contiene previsiones —sin recoger sanciones por su incumplimiento— sobre la presencia de mujeres en los órganos de dirección de las sociedades mercantiles (1). De otro, en el Derecho positivo privado —art.

(1) No vamos a entrar en el estudio de la Ley Orgánica de igualdad en este punto, sobre el que contamos con varios trabajos doctrinales. V. ad. ex EMBID IRUJO, J.M., «Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV. *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (coord. T. Sala Franco, M.A. Ballester Pastor, J.M. Baño León, J.M. Embid Irujo y J.M. Goerlich Peset), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 269-354

529 bis 2 de la Ley de sociedades de capital (2) — se establece el mandato al consejo de administración de velar porque el proceso de selección de sus miembros «favorezca la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres» (3). Por último, también en el ámbito privado, el derecho indiciario o *soft law* —códigos de buen gobierno corporativo— incluye recomendaciones a las sociedades cotizadas para incrementar la diversidad de género en sus consejos de administración. Como novedad del Código español de 2020, además de establecerse el objetivo del 40% de mujeres consejeras antes de que finalice el 2022, se recomienda el establecimiento de políticas que fomenten un número significativo de mujeres directivas. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

En el ámbito europeo, merecen citarse los trabajos de la Comisión Europea que culminaron en una Propuesta de Directiva de 2012 que no fue finalmente tramitada como norma europea (4). En diciembre de 2015, bajo la presidencia maltesa, se debatió detalladamente en el Consejo de la Unión acerca de la elaboración de una directiva sobre mujeres en los consejos de administración, pero no fue posible llegar a un acuerdo al respecto (5). En 2017 se retoman los

(2) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; se cita en adelante «Ley de sociedades de capital» o su abreviatura «LSC»

(3) El art. 540. 4 c) 6º LSC recoge como contenido mínimo del informe anual de gobierno corporativo que ha de publicar la cotizada la descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración y de dirección por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; incluyendo sus objetivos y la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos. «En caso de no aplicarse una política de este tipo, se deberá ofrecer una explicación clara y motivada al respecto».

(4) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines [COM/2012/0614 final – 2012/0299 (COD)]. Esta Propuesta de Directiva de 2012 establecía el objetivo del 40% de consejeras no ejecutivas o, como mínimo, el 33% de mujeres en el consejo de administración para el año 2022. En ambos casos esta cuota no podría exceder del 50% (art. 4 bis). Las sociedades que no hubieran alcanzado este objetivo debieran continuar aplicando un procedimiento de propuesta de consejeras y explicar las medidas adoptadas para tratar de alcanzarlo.

(5) Las constantes diferencias de opinión entre los países miembros impidieron el progreso de los trabajos (<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/gender-balance-corporate-boards/>).

trabajos para elaborar una propuesta de directiva sobre presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de cotizadas (6). En 2019, bajo la presidencia rumana del Consejo, se vuelve sobre el tema y queda de nuevo bloqueado (7).

Estos datos evidencian la preocupación de la Comisión por el fomento de la diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas y la falta de acuerdo entre los Estados Miembros al respecto. En algunas jurisdicciones se sanciona el incumplimiento de este fomento de la presencia equilibrada de hombres y mujeres (Francia, Bélgica, Alemania, Italia, Austria y Portugal); otros Estados permanecen en el ámbito del *soft law* o no prevén sanciones en su Derecho positivo por el incumplimiento del fomento de la diversidad (España, Dinamarca, Luxemburgo, Irlanda, Polonia, Grecia, Eslovenia, Suecia, Finlandia y el Reino Unido hasta su retirada de la Unión). Hay un tercer grupo de estados, por ejemplo, la República Checa, en los que no se ha legislado al respecto ni existen recomendaciones en el ámbito del derecho indiciario.

II. LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE COTIZADAS: DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA AL GOBIERNO CORPORATIVO

El acceso en condiciones de igualdad al cargo de consejera es consecuencia del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución. Sentada esta afirmación, una primera cuestión a analizar desde la óptica del Derecho privado es la relativa al marco en el se incardina el fomento de la diversidad en los consejos de administración de las socieda-

(6) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9496-2017-INIT/en/pdf>. La Propuesta modificada demora el *dies ad quem* para alcanzar el referido porcentaje de mujeres en los consejos de administración al 30 de septiembre de 2025. Los Parlamentos de Dinamarca, Holanda, Polonia, Suecia, Reino Unido y República Checa hicieron públicos respectivos dictámenes motivados alegando que la Propuesta modificada de Directiva no respeta el principio de subsidiariedad.

(7) Los comentarios de la Comisión Europea que se trasladan a las Delegaciones del Consejo ilustran acerca del estado de la cuestión: en un documento de 3 de junio de 2009, la Comisión alienta a los Estados Miembros que recientemente han implementado medidas respecto al fomento de la presencia de mujeres en los consejos de administración para que las compartan con otros Estados Miembros, en la idea de inspirarles a seguir la senda de la promoción del balance de género en el proceso de adopción de decisiones corporativas. Recuerda además que la Propuesta de Directiva permite a los Estados Miembros mantener sus medidas de fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración [Nota de la Secretaría General del Consejo a las Delegaciones de 3 de junio de 2019, ref. 9823/19, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9823-2019-INIT/en/pdf>].

des cotizadas. En una primera aproximación, entronca con la responsabilidad social corporativa, concepto difuso desde el punto de vista del Derecho positivo español (8). En una fase posterior, la diversidad de género en el consejo se aborda como cuestión de gobierno corporativo (composición del órgano de administración o, en los países con sistema dual, del consejo de supervisión) (9).

Si tenemos en cuenta la normativa vigente y los Códigos de buen gobierno corporativo, podemos observar la tendencia a situar el fomento de la igualdad en el seno de la empresa, con carácter general, en el marco de la responsabilidad social corporativa, mientras que la composición equilibrada de miembros del consejo se inserta en el marco del gobierno corporativo (10).

(8) V., con referencia a la Ley Orgánica de igualdad y a diversos documentos de la Unión Europea, CAMPUZANO LAGUILLO, B., «La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital», en AA.VV., *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales* (dir. B. Campuzano y A. Pérez Troya), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 25-80. El art. 75 de esta Ley Orgánica (*Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles*) se inserta en el título VII («La igualdad en la responsabilidad social de las empresas»).

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* de 25 de octubre de 2011, [COM(2011) 681 final] p. 8, se afirma la naturaleza pluridimensional de la responsabilidad social de la empresa —expresión sustituida en la actualidad por la de responsabilidad social corporativa—, que comprende como mínimo, los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como la formación, la diversidad, la igualdad de género y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (*ad ex*. la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción. La participación de las comunidades locales y el desarrollo, la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad, forman parte también de la agenda sobre la responsabilidad social de la empresa. Sobre el concepto de la responsabilidad social corporativa, por todos, EMBID IRUJO, J.M., «Aproximación al significado jurídico de la responsabilidad social corporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, 316, 2020, pp. 1 y ss (versión digital).

(9) La adopción de medidas que mejoren la diversidad de género en el consejo de administración sea a través del establecimiento de objetivos voluntarios, obligaciones de información, cuotas de representación en el Consejo o iniciativas privadas que mejoren la diversidad de género en el consejo y la alta dirección, se incluye como recomendación a los Estados en los *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 (2016)*, p. 61 (disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>).

(10) En apoyo de esta argumentación pueden citarse los arts. 9.1 y 31. 11 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles dedicados al informe de los administradores en caso de transformación y fusión de sociedades, respectivamente. En dichos informes se ha de hacer referencia al «eventual impacto de género» que tendrá la modificación estructural «en los órganos de administración e incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa». Recientemente, sobre el deslinde entre la responsabilidad social corporativa y el gobierno corporativo, v. ESTEBAN RÍOS, J., *La nueva supervisión del gobierno corporativo de la banca*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 57 y ss.

Ejemplo de lo primero, que no podemos analizar con detalle dado el carácter de este trabajo, ha sido la reforma del Código de Comercio, la Ley de sociedades de capital y la Ley de auditoría de cuentas en materia de información no financiera y diversidad operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, que sitúa la información de la empresa sobre las medidas adoptadas para garantizar la igualdad de género en el ámbito de la responsabilidad social corporativa (11), mientras que en el Informe Anual de Gobierno Corpo-

(11) La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, modifica entre otros artículos, el art. 49.6 del Código de comercio: el estado de información no financiera consolidado que se acompaña a las cuentas anuales consolidadas a nivel de grupo, ha de incluir información significativa sobre cuestiones sociales y relativas al personal, en concreto y a nuestros efectos, el número total y distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional; número total y distribución de modalidades de contrato de trabajo, promedio anual de contratos indefinidos, de contratos temporales y de contratos a tiempo parcial por sexo, edad y clasificación profesional, número de despidos por sexo, edad y clasificación profesional; las remuneraciones medias y su evolución desagregados por sexo, edad y clasificación profesional o igual valor; brecha salarial, la remuneración de puestos de trabajo iguales o de media de la sociedad, la remuneración media de los consejeros y directivos, incluyendo la retribución variable, dietas, indemnizaciones, el pago a los sistemas de previsión de ahorro a largo plazo y cualquier otra percepción desagregada por sexo, implantación de políticas de desconexión laboral, empleados con discapacidad. En materia de salud y seguridad: condiciones de salud y seguridad en el trabajo; accidentes de trabajo, en particular su frecuencia y gravedad, así como las enfermedades profesionales; desagregado por sexo. Además, en el epígrafe «Igualdad» se han de referir las medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad (Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad. En el apartado V (información sobre la sociedad), referencia en materia de subcontratación y proveedores a la inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales.

Por otra parte, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, obliga a las empresas de cincuenta o más trabajadores a elaborar e implantar planes de igualdad en los términos de este Real Decreto. Además de desarrollar la obligación de elaborar planes de igualdad contenida en el art. 45 de la Ley Orgánica de igualdad, indica el Gobierno que con esta norma «se avanza en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, principalmente en los ODS 5 (“Igualdad de género”) y 8 (“Trabajo decente y crecimiento económico”), y en concreto en el cumplimiento de las metas 5.1, 5.2, 5.4, 5.5, y 8.5, es decir, en poner fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres; eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los ámbitos públicos y privados; reconocer la importancia de los cuidados y fomentar la corresponsabilidad; asegurar la participación plena y efectiva de mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo; lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor».

Un ejemplo del fomento por la Administración de la responsabilidad social corporativa respecto a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres lo encontramos en el ar-

rativo que elabora el consejo de administración habrá de incluirse —y si no se incluye, habrá de explicarse el porqué— «una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas que se constituyan en su seno, por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos» [art. 540 4. c) 6º LSC] (12).

III. ALGUNAS EVIDENCIAS EN FAVOR DE LA DIVERSIDAD DE GÉNERO EN EL CONSEJO

Existen estudios que demuestran que el incremento de mujeres en el órgano de administración de la cotizada contribuye a mejorar la gestión de la empresa (13), sin perjuicio de que no podamos afirmar en todo caso la relación positiva entre la diversidad y el rendimiento empresarial aunque es defendible

título 147.1.e) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: como criterios de desempate, los órganos de contratación podrán establecer criterios de adjudicación específicos vinculados al objeto del contrato y referidos, entre otros a «proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».

(12) Se limita el alcance de esta obligación para las cotizadas de tamaño mediano o pequeño de acuerdo con la Ley de Auditoría de cuentas, ya que «únicamente estarán obligadas a proporcionar información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado en materia de género» [art. 540.4.c) 6º *in fine* LSC].

(13) En un reciente documento, el mercado de valores estadounidense NASDAQ cita varios estudios en apoyo de esta tesis cuya fuente puede consultarse directamente en <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf>. Resumimos los datos a continuación: las sociedades con al menos una mujer en el consejo de administración tenían un ROE del 12,2% frente al 10,1% del de las empresas sin mujeres en su consejo (Credit Suisse, 2014); Indica MSCI (2016) que las compañías estadounidenses con al menos tres mujeres en su consejo en 2011, contaban con ROEs del 10% y rendimientos por acción del 37% en un periodo de cinco años mientras que en las sociedades sin consejeras el ROE descendía un 1% y la rentabilidad un 8% en el mismo periodo. Con datos de Catalyst (2011), las empresas del índice Fortune 500 con al menos 3 consejeras en los últimos 4 o 5 años tenían un ROE un 46% superior a las que carecían de mujeres en sus consejos (V. Propuesta de modificación de las reglas de negociación del Nasdaq dirigida a la Securities Exchange Commission (SEC), 1 de diciembre de 2020, pp. 18-19, disponible en <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/RuleBook/Nasdaq/filings/SR-NASDAQ-2020-081.pdf>).

la bondad de la diversidad para el buen gobierno de la empresa (14). El Nasdaq en el citado documento de diciembre de 2020 indica que la presencia de mujeres en el consejo de administración mejora la transparencia en la difusión de información por la empresa, evitando de este modo la asimetría informativa, disminuye la posibilidad de manipulación de beneficios por el consejo y mejora los procesos de control interno de la información financiera, entre otros aspectos positivos (15).

Además, son perceptibles las malas prácticas que el «pensamiento de grupo» (*groupthink*) suponen en el ámbito de función de supervisión del consejo sobre las actividades de gestión: el pensamiento de un grupo cohesionado (a nuestros efectos, el consejo de administración como un *gentlemen's club*) impide la consideración de aproximaciones alternativas a una determinada situación y con ello la adopción de las decisiones o acuerdos más idóneos para la empresa (16). De forma sintética se afirma en el Libro Verde sobre la normativa de gobierno corporativo en la UE (2011) que «La diversidad de género puede contribuir a contrarrestar el pensamiento grupal (...). En todo caso, promover la presencia de mujeres en los consejos tiene un efecto positivo incuestionable: contribuye a aumentar el talento común de que dispone una empresa para sus funciones superiores de dirección y supervisión» (17).

La referencia a la diversidad con carácter general, como un instrumento que permite combatir el fenómeno del pensamiento de grupo contribuyendo a una supervisión eficaz de la dirección y a una gobernanza satisfactoria de la empresa, la encontramos en el Derecho europeo, por ejemplo, en el expositivo

(14) Ya en CARRASCO GALLEGO, A., LAFFARGA BRIONES, J., «La diversidad en el código de buen gobierno», en AA.VV. *Conocimiento, innovación y emprendedores: camino al futuro* (coord. J.C. Ayala Calvo), Ed. Universidad de La Rioja, 2007, pp. 334-3365, v. esp. pp. 3351-3354.

(15) Propuesta de modificación de las reglas de negociación del Nasdaq dirigida a la *Securities Exchange Commission* (SEC), 1 de diciembre de 2020, cit. p. 9. La presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las cotizadas en el Nasdaq presenta índices más bajos que en los mercados de mayor capitalización de la UE.

(16) V. con especial referencia al caso australiano KAMALNATH, A., «Gender Diversity as the Antidote to 'Groupthink' on Corporate Boards», *Deakin Law Review*, 22, 2017, pp. 85-106, DOI 10.21153/dlr2017vol22no1art723. Sobre la necesidad de un órgano de administración diverso en las entidades de crédito para evitar el pensamiento grupal, recientemente y con una visión crítica, v. ESTEBAN RÍOS, J., *La nueva supervisión del gobierno corporativo de la banca*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 179 y ss., esp. pp. 193-195.

(17) Afirma a continuación la Comisión Europea: «Se ha constatado también que las mujeres tienen estilos de liderazgo diferentes, asisten a más reuniones del consejo y tienen una repercusión positiva en la inteligencia colectiva de un grupo», con referencia a diversos estudios, fundamentalmente elaborados por consultoras [Comisión Europea: *Libro verde: la normativa de gobierno corporativo en la UE*, Bruselas, 5 de abril de 2011, COM(2011) 164 final]. A la fecha de publicación de este Libro verde, la proporción de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas era de promedio del 12% (*ibid*, p. 7)

18 de la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, Directiva que ha sido transpuesta al Derecho español por la citada Ley 11/2008. Y con anterioridad, en el Derecho bancario, en el expositivo 60 de la Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión (18).

En esta última Directiva bancaria (2013/36/UE), se recoge la obligación para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión de tener una política de diversidad aplicable en la selección de nuevos miembros del órgano de gestión (19). Como refiere la Autoridad Bancaria Europea, el objetivo es, entre otros, lograr una representación más adecuada de ambos géneros en los órganos de gestión. Las entidades significativas, [art. 88.2.a)] (20) han de establecer un porcentaje de representación para el género infrarrepresentado (esto es, el femenino) y adoptar medidas para incrementar su porcentaje en el órgano de gestión. Una composición diversa de los órganos de gestión puede mejorar el proceso de toma de decisiones al incorporar un conjunto más amplio de puntos de vista, opiniones, experiencias y bagaje profesional, de manera que se reduce el fenómeno de pensamiento de grupo y el comportamiento gregario (*herd behaviour*). La Autoridad Bancaria Europea va

(18) Por su claridad, reproducimos el expositivo 60 de la Directiva 2013/36/UE: «La falta de control por los órganos de dirección de las decisiones en materia de gestión obedece en parte al fenómeno del pensamiento de grupo. Este fenómeno nace, entre otros motivos, de la falta de diversidad en la composición de los órganos de dirección. Para facilitar las opiniones independientes y el cuestionamiento crítico, los órganos de dirección de las entidades deben, por tanto, ser lo suficientemente diversos en términos de edad, sexo, procedencia geográfica, formación y experiencia profesional como para ofrecer una variedad de opiniones y experiencia. El equilibrio entre hombres y mujeres reviste especial importancia para asegurar una representación adecuada de la población. En particular, las entidades que no se ajusten al umbral de representación del sexo menos representado deben tomar de forma prioritaria las medidas adecuadas (...). Una mayor diversidad en los órganos de dirección permitiría controlar más eficazmente la gestión, lo que contribuiría a mejorar la vigilancia de los riesgos y la resistencia de las entidades. En consecuencia, la diversidad debe ser uno de los criterios a tener en cuenta en la composición de los órganos de dirección. La cuestión de la diversidad ha de abordarse también de forma más general en la política de contratación de la entidad de que se trate. Dicha política debe, por ejemplo, alentar a las entidades a efectuar la selección a partir de listas reducidas que incluyan a candidatos de ambos sexos».

(19) V. art. 24 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

(20) Entre las entidades de crédito significativas españolas pueden citarse el Banco de Santander, el BBVA, Bankia, Banco Sabadell, La Caixa, Ibercaja, Bankinter, Abanca, KutxaBank, Unicaja y Liberbank.

más allá de la diversidad de género y cita otros aspectos como la edad, el bagaje profesional y formativo y la procedencia geográfica de los miembros del órgano de gestión (21).

El Código Conthe de 2006, el primero de los códigos de gobierno corporativo españoles que hace referencia a la materia, indica al respecto que «Lograr una adecuada diversidad de género en los Consejos de Administración no constituye sólo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la “responsabilidad social corporativa”; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo» (22). La inclusión del criterio de la diversidad de género en este Código de 2006 se justifica en atención de la teoría de la histéresis, inercia o círculo vicioso —en palabras de Manuel Conthe, presidente del grupo especial de trabajo que elaboró el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006—. Por razones de inercia histórica, los consejos de administración de las cotizadas han estado integrados mayoritariamente por hombres, con lo que se está renunciando a la posibilidad de que formen parte del mismo prácticamente la mitad del talento empresarial de la población (las mujeres). Ello «no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país» y evidencia un sesgo cuando menos sospechoso en la selección de consejeros (23).

(21) EBA *Report on the benchmarking of diversity practices at European Union level under article 91(11) of Directive 2013/36/EU (2018 data)*, 3 de febrero de 2020, EBA/REP/2020/05

(22) y continúa: «Desaprovechar el potencial talento empresarial del 51% de la población —las mujeres— no puede ser económicamente racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país. La experiencia de las últimas décadas, en las que hemos asistido a una creciente incorporación de la mujer al mundo empresarial así lo acredita. Se trata ahora de hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas. En atención a esta circunstancia, el Código invita a las sociedades con escasa presencia femenina en sus Consejos a que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes». Por ello, en la Recomendación 15 se dispone «Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes: a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras; b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado». (Anexo I del *Acuerdo del Consejo de la CNMV, por el que se aprueba el documento único de recomendaciones de gobierno corporativo*, Código Unificado de Buen Gobierno, 22 de mayo de 2006, p. 19, disponible en <http://www.cnmv.es/portal/Legislacion/COBG/COBG.aspx>. El Código Cothe fue actualizado en 2013 y sirvió de base para la aprobación del nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015, actualizado en el año 2020.

(23) El expresidente de la CNMV explica magníficamente en su blog las razones de la inclusión de la recomendación del fomento de la presencia de mujeres en los consejos de administración en el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas; v. «Diversidad

IV. LA PRESIÓN SOBRE EL FOMENTO DE LA DIVERSIDAD POR LOS GRANDES INVERSORES INSTITUCIONALES

Queremos reseñar a continuación las novedades más destacadas respecto a la inclusión de la diversidad en el seno del consejo de administración como un criterio relevante de inversión de los grandes inversores institucionales (24). La presencia de inversores institucionales en el accionariado de nuestras sociedades cotizadas es cada vez mayor y muchos de ellos están en condiciones de ejercer cierta presión sobre la mejora de las políticas de gobierno corporativo de la entidad (25). A la hora de ejercer su voto en las juntas generales, los inversores institucionales suelen confiar en los criterios de los principales asesores de voto (*proxy advisors*) (26) y en la mayoría de los casos siguen sus recomendaciones respecto al sentido de su voto. De ahí la importancia de que los asesores de voto incluyan como criterio a valorar a la hora de recomendar

de género y buen gobierno corporativo», 22 de febrero de 2019, <https://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/24/diversidad-de-genero-y-buen-gobierno.html>, con crítica de la redacción del art. 529 bis LSC introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

(24) En el Derecho vigente español no existe una definición de inversor institucional. En el Derecho europeo, el art. 2.12 del Reglamento (UE) 2017/2402 de 12 de diciembre de 2017, por el que se establece un marco general para la titulización y se crea un marco específico para la titulización simple, transparente y normalizada, incluye en la definición de inversor institucional a los efectos de este Reglamento a las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de inversión alternativa y los fondos de pensiones de empleo. Sobre el concepto de inversor institucional, por todos, HERRERO MORANT, R., *Los inversores institucionales en las sociedades cotizadas españolas: caracterización y activismo accionarial*, Marcial Pons, Madrid 2019, esp. pp. 55 y ss.

(25) Con datos de 2019, las familias controlan el 16,1% de las acciones cotizadas en España (BME, *Informe de Mercado 2020*, p. 44). Indica HERRERO MORANT que entre el 60% y el 70% de las acciones cotizadas en los Estados Unidos están en manos de inversores institucionales; en la mayor parte de las bolsas de la UE se está cerca también de estos porcentajes (HERRERO MORANT, R. *Los inversores institucionales*, cit., pp. 205-206)

(26) El art. 2 g) de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas). define al asesor de voto como «una persona jurídica que analice, con carácter profesional y comercial, la información revelada por las empresas y, cuando sea pertinente, otra información de las empresas cotizadas, con el fin de que los inversores cuenten con información para adoptar decisiones de voto inversores facilitándoles estudios, asesoramiento o recomendaciones de voto relacionados con el ejercicio de derechos de voto». En el proyecto de Ley de transposición de esta Directiva publicado en el BOCG de 7 de septiembre y que se está tramitando por el procedimiento de urgencia, se recoge la siguiente definición «se entenderá por asesor de voto aquella persona jurídica que analiza con carácter profesional y comercial la información que las sociedades cotizadas están legalmente obligadas a publicar y, en su caso, otro tipo de información, para asesorar a los inversores en el ejercicio de sus derechos de voto mediante análisis, asesoramiento o recomendaciones de voto» (nuevo artículo 137 bis del Texto refundido de la Ley del mercado de valores).

el voto a favor o en contra de la designación de un consejero por la junta general, la situación no equilibrada en la presencia de mujeres y hombres en el consejo. Pues bien: la mayor compañía a nivel mundial, *Institutional Shareholder Services* («ISS») recomienda con carácter general a sus clientes votar en contra de las propuestas de la comisión de nombramientos de la cotizada si en el consejo de administración no hay consejeras. Para el ejercicio 2021 y venideros, en aquellos países de la Europa continental e Irlanda en los que existe un porcentaje a alcanzar respecto a la presencia de mujeres en los consejos de administración, recomendará votar en contra de las propuestas del presidente de la comisión de nombramientos si no se alcanza el umbral del 30% de mujeres o el superior que se establezca por la normativa o los códigos de buen gobierno internos (27).

Otro destacado asesor de voto, *Glass Lewis*, a partir del ejercicio 2022 recomendará con carácter general a sus clientes votar en contra de las propuestas del presidente de la comisión de nombramientos en aquellas cotizadas estadounidenses con menos de dos mujeres consejeras de superar el número de 6 los miembros del consejo (28). En las sociedades cotizadas que componen el índice Russel 3.000, las mujeres ocupan el 22,6% de los puestos del consejo (29).

V. LOS AVANCES LEGALES EN LA DIVERSIDAD DE GÉNERO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

La recomendación de carácter programático contenida en el artículo 75 de la Ley de igualdad de 2007 (30) no tuvo una acogida generalizada en

(27) ISS, *Benchmark Policy Changes for U.K.&Ireland, Continental Europe, Russia& Kazakhstan, EMEA Regional, Middle East, and Africa*, 12 de noviembre de 2020: Recomendación general para europa continental: (...) Generally vote against the chair of the nomination committee (or other directors on a case-by-case basis) if:

- The underrepresented gender accounts for less than 30 percent (or any higher domestic threshold) of board directors of a widely held company.

- Both genders are not represented on the board of a non-widely-held company.

Mitigating factors may include:

- Compliance with the relevant standard at the preceding annual meeting and a firm commitment, publicly available, to comply with the relevant standard within a year; or

- Other relevant factors as applicable.

(28) *Glass Lewis, Guidelines: an overview of the Glass Lewis approach to proxy advice. United States, 2021* (http://www.wlrk.com/docs/2021_Glass_Lewis_U.S._Voting_Guidelines.pdf).

(29) Un tercio de las cotizadas que integran este índice cuentan con una o ninguna mujer en el consejo (*Women on Boards, 2020WOB Gender Diversity Index*, septiembre de 2020, <https://5050wob.com/research/>).

(30) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: Artículo 75. (Participación de las mujeres en los Consejos de administración de las

nuestras grandes empresas. No ha sido sino hasta la modificación de la Ley de sociedades de capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, cuando se ha apreciado un incremento notable de la presencia de mujeres en el órgano de administración de las cotizadas, aunque existen sociedades cotizadas refractarias a esta tendencia imparable al menos en la Unión Europea (31).

Como ha sucedido por ejemplo en materia de remuneraciones de los consejeros, en España el proceso comienza por incluir determinadas recomendaciones en los Códigos de buen gobierno corporativo y, ante situaciones de incumplimiento generalizado o al menos de no seguimiento masivo de las recomendaciones, se decide positivarlas en la Ley de Sociedades de capital. El legislador ha tomado como referencia para la reforma de la LSC por la Ley 31/2014 el *Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas* elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo de 14 de octubre de 2013 (32): el texto final de la reforma prácticamente no introduce cambios respecto a las propuestas elaboradas por esta Comisión. Entre ellas se recoge la conveniencia de introducir «una norma programática que reconozca la relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos». La propuesta de redacción de la Comisión de nuevo art. 529 bis 2 LSC es trasladada *mutatis mutandis* a la Ley 31/2014: «El Consejo de Administración deberá velar por que [sic] los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que no obstaculicen la selección de consejeras». Este art. 529 bis es modificado posteriormente por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en

sociedades mercantiles): «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley».

(31) Son muchas los trabajos de economistas aportando datos y estadísticas acerca de la presencia de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas. En el 2020 puede destacarse, entre otros el trabajo de MARTÍNEZ GARCÍA, I., SACRISTÁN NAVARRO, M. y GÓMEZ-ANSÓN, S., «Diversidad de género en los consejos de administración. El efecto de la normativa en la presencia de mujeres en las empresas españolas cotizadas», *aDResearch. Revista Internacional de Investigación en Comunicación* 22, 2020, pp. 60-81 y la bibliografía allí citada. Trabajo disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/540531>.

(32) Comisión creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo.

materia de información no financiera y diversidad, para incluir el criterio de la edad en materia de diversidad y, especialmente importante a nuestros efectos, para especificar que los procedimientos de selección de miembros del consejo «faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres».

El Código de buen Gobierno, hasta su modificación en 2020, determinaba vía recomendación el porcentaje de mujeres consejeras que se considera razonable: el 30% alcanzar en 2020. Este porcentaje, como veremos más adelante, no se ha conseguido en la mayoría de las cotizadas españolas, por lo que se ha optado por recomendar la presencia del 40% de consejeras «antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%» (nueva Recomendación 14 del Código de 2020).

VI. LOS ÚLTIMOS AVANCES DE *SOFT LAW* EN ESPAÑA: LA REFORMA DEL CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO DE 2015 Y LAS DIRECTRICES DE LA AUTORIDAD BANCARIA EUROPEA EN MATERIA DE INCREMENTO DE LA DIVERSIDAD EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN

1. La reforma del Código de Buen Gobierno de 2015

Transcurridos cinco años desde la aprobación del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante, CBGC o «el Código»), el supervisor español consideró necesario «revisar y clarificar» algunas de sus recomendaciones, cuestión anunciada en su Plan de actividades de 2019. Algunas de las modificaciones recogidas en el CBGC de 2020 obedecen a la reforma de la Ley de sociedades de capital por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad; por ejemplo, ya no es necesaria la referencia concreta en la Recomendación 6 a la publicación en la página web de la cotizada del informe sobre la política de responsabilidad social corporativa al quedar incorporado el estado de información no financiera al informe de gestión. En la reforma se han revisado 20 recomendaciones y 6 principios del Código de 2015.

Expresamente se añade, de acuerdo con el art. 529 bis LSC, el criterio de la edad entre aquellos a promover en la política de selección de consejeros, junto con la diversidad de conocimientos, experiencias, y género (apartado II.1.10 y Recomendación 14), en aras de una apropiada composición del consejo.

En el análisis de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los *Informes de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados (ejercicio 2018)*, en donde se describe

la evolución de las prácticas de gobierno corporativo de las 133 sociedades cotizadas españolas que han presentado su Informe anual de acuerdo con el modelo establecido en la Circular 2/2018, se afirma que la presencia de mujeres en los consejos sigue aumentando hasta el 19,7% (18,9% en 2017). En el Ibex 35 el porcentaje de mujeres consejeras es más alto, el 23,1%, con un aumento de 7,5 puntos desde 2013. Las consejeras calificadas de independientes, han pasado a representar un 30,4% del total de independientes en 2018 (28,2% en 2017). Por el contrario, se reduce el porcentaje de otras consejeras externas hasta alcanzar el 9,2% (12,1% en 2017) y el de dominicales, que pasan a representar el 15,5% del total de esta categoría (15,7% en 2017). El porcentaje de consejeras ejecutivas aumentó ligeramente en 2018 y se sitúa en el 4,9% del total de consejeros ejecutivos (4,5% en 2017). Recientemente la CNMV ha publicado los datos de 2019 que muestran una notable mejora de las cifras: la presencia femenina en los consejos siguió aumentando, hasta situarse en el 23,4% (19,7% en 2018). En el Ibex 35 el porcentaje de mujeres consejeras fue más alto y alcanzó el 27,5% (23,1% en 2018). En 2019 se incrementó asimismo el número de sociedades que cuentan con consejeras (90,6% en 2019 frente al 85% en 2018). Por categorías, destacó el incremento de 5,4 puntos porcentuales de consejeras independientes, que representaron un 35,8% del total de independientes en 2019 (30,4% en 2018). También aumentó el porcentaje de otras externas hasta el 12,6% (9,2% en 2018) y el de consejeras dominicales, que pasaron a representar el 17,6% del total de dominicales (15,5% en 2018). El porcentaje de consejeras ejecutivas aumentó ligeramente en 2019 y se situó en el 5,5% del total de consejeros ejecutivos (4,9% en 2018) (33).

Por ello, la nueva Recomendación 15 sigue avanzando en el fomento de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en el consejo al sugerir «que el número de consejeras suponga, al menos, el 40% de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30%». Ya hemos indicado que en el CBGC de 2015, la Recomendación 14 trataba de impulsar el objetivo aún no conseguido de alcanzar el 30% de mujeres en los consejos de administración de las cotizadas.

El progresivo nombramiento de consejeras en las cotizadas españolas ha tenido como consecuencia práctica la acumulación de cargos de consejera por determinadas profesionales, la mayoría de ellas adscritas a la categoría de consejero independiente en donde sí se alcanzó el 30,4% del total de consejeros independientes en 2018 y superó el 35% en 2019. El porcentaje desciende drásticamente en el caso de las consejeras ejecutivas (4,9% en

(33) CNMV, *Informes de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados. Ejercicio 2019*, p. 19.

2018 y 5,5% en 2019). Por ello, y como novedad, para fomentar la presencia de consejeras ejecutivas, el supervisor incluye en la Recomendación 14 la referencia a «que el consejo de administración apruebe una política dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración y que: (...) c) favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género. A estos efectos, se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas». Ello en la medida en que se crearía una *cantera* de mujeres que podrán ser designadas posteriormente para el cargo de consejera ejecutiva.

En su propuesta de modificación del Código de Buen Gobierno de enero de 2020, el supervisor afirma que «habiéndose constatado que el objetivo de alcanzar el porcentaje de consejeras ejecutivas es especialmente bajo, lo que guarda relación con la, en general, escasa presencia femenina en la alta dirección de las empresas cotizadas, se propone prever específicamente en la recomendación que la política de selección incluya medidas que fomenten que haya un número suficiente de altas directivas».

Si bien los datos de la CNMV demuestran que se está avanzando en la mayor presencia de mujeres en los consejos de administración (desde un 18,7% en 2007 al 23,4% en 2019), no sucede lo mismo con la alta dirección en donde el número de altas directivas es muy bajo y el avance, muy lento [de un 14,8% en 2007 al 15,9% en 2019 (34); se partía de un 4,22% en 2003 (35)] La mayoría de las sociedades del IBEX 35 no superan el 20% de mujeres directivas, siendo la media del 15,7% (36), de ahí el acierto de la nueva Recomendación 14 del CBGC de 2020 («se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas»).

(34) Datos aportados por la CNMV en el documento de libre acceso *Presencia de mujeres en los consejos de administración y en la alta dirección de las sociedades cotizadas, 2019*. Si limitamos los datos a las empresas del IBEX 35, el porcentaje de consejeras es superior a la media (un 27,5%) mientras que el de directivas es prácticamente igual de bajo (un 15,9%). Solo 3 cotizadas del IBEX cumplen con la nueva recomendación del 40% de consejeras: Banco de Santander, Iberdrola y Red Eléctrica. En el caso de Red Eléctrica Corporación, S.A., el porcentaje de altas directivas alcanza el 50% (el porcentaje más alto junto con Colonial).

(35) MARTÍNEZ GARCÍA, SACRISTÁN NAVARRO, GÓMEZ ANSÓN, *Diversidad de género en los consejos de administración*, cit., p. 71

(36) Sólo se supera el 20% de altas directivas en las sociedades que componen el IBEX 35, además de las cotizadas citadas en la nota anterior, AENA (40%), Amadeus (23,08%), Banco de Santander (27,78%), bankinter (33,33%), CIE Automotive S.A. (44,44% que sin embargo cuenta solo con el 15,38% de consejeras), Enagás (30&), Inditex (23,81) Mapfre (37,50%) y Repsol (33,33%) (*loc. cit. supra*).

2. El informe de la Autoridad Bancaria Europea sobre la diversidad en los consejos de administración de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y la brecha salarial

La Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) publicó el 3 de febrero de 2020 un informe comparativo sobre las prácticas en favor de la diversidad en los órganos de dirección de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, centrado en la diversidad de género (37). En él presenta unos datos demoledores a nivel europeo y hace un llamamiento a las instituciones de la Unión y a sus Estados miembros para considerar medidas adicionales de fomento de una representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las entidades bancarias. También reclama de las autoridades supervisoras la efectividad en el ejercicio de sus competencias para tratar de asegurar el cumplimiento por estas entidades financieras de la adopción de políticas de diversidad.

El informe trae causa del artículo 91.11 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión. En dicho artículo 91.11 se establece un mecanismo en cadena acerca de la información sobre prácticas en favor de la diversidad: el artículo 435. 2 c) del Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, obliga a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión a publicar al menos anualmente, en el marco de su sistema de gobierno corporativo, «la política en materia de diversidad en lo que atañe a la selección de los miembros del órgano de dirección, sus objetivos y las metas establecidas en dicha política, así como la medida en que se han alcanzado estos objetivos y metas». Esta información, recabada por los supervisores nacionales, (art. 91. 11 de la Directiva 2013/36/UE) «la utilizarán para comparar las prácticas en favor de la diversidad» y habrán de remitirla a la ABE que la manejará, a su vez, «para comparar las prácticas en favor de la diversidad a escala de la Unión».

Para las entidades significativas —directamente supervisadas por el Banco Central Europeo—, es obligado que la comisión de nombramientos del consejo de administración establezca un objetivo de representación del sexo menos representado en el consejo; además, esta comisión habrá de elaborar orientaciones sobre cómo aumentar el número de mujeres con miras a alcanzar dicho objetivo (art. 88. 2 Directiva 2013/36/UE). Aunque la norma se refiere al «sexo menos representado», es evidente que se alude

(37) *(EBA Report on the Benchmarking of diversity practices at European Union level under article 91(11) of Directive 2013/36/EU (2018 data)*. EBA/REP/2020/05).

al femenino: en ningún consejo de administración de entidades de crédito españolas —ni tampoco en otras cotizadas que integran el índice IBEX 35— la presencia de mujeres supera el 43% de los consejeros. Y en la mayoría de los casos las cotizadas del IBEX (más del 91%) ni siquiera alcanzan el 40% de la representación. Es más, el 54% cuentan con menos de un 30% de consejeras, con datos de 2019.

El supervisor europeo asume la afirmación contenida en la Directiva de 2013 de que la falta de control por el órgano de administración de las decisiones en materia de gestión obedece en parte al fenómeno del «pensamiento de grupo». Ya nos hemos referido a esta cuestión. Baste mencionar aquí que la EBA, con datos de 2018, analiza la correlación entre la rentabilidad de una entidad de crédito y la composición de su consejo. Las entidades de crédito con consejeros ejecutivos de ambos géneros parece que tienen mayores probabilidades de obtener una mayor rentabilidad financiera (*return on equity*, ROE): mientras que el 54,70% de las entidades de crédito con una representación más equilibrada de mujeres en funciones ejecutivas ofrecen un ROE igual o superior al 6,42%, sólo el 40,69% de aquellas que cuentan con únicamente consejeros ejecutivos varones alcanzan ese porcentaje. Es más, la media del ROE para las entidades con diversidad de género en el ejercicio de funciones ejecutivas es superior a la media de otras entidades (el 7,28% frente al 5,95%, respectivamente).

En su análisis, la EBA ha analizado los datos de 834 entidades financieras domiciliadas en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo. Una de las conclusiones de su Informe es que, pese a las exigencias legales, un 41,61% de las entidades aún no han adoptado una política en materia de diversidad, y no todas las que cuentan con una política al respecto promueven la diversidad de género estableciendo un objetivo para la mayor presencia de mujeres en los consejos. Con carácter general —sean entidades financieras significativas o no— todas ellas debieran contar con políticas en materia de diversidad que promuevan activamente una composición variada de su órgano de administración.

De los datos analizados se revela una amplia divergencia entre los Estados miembros en relación con la diversidad de género en los consejos de administración de estas entidades financieras. La presencia de consejeras ejecutivas ha aumentado ligeramente respecto a 2015: un 15,13% en 2018 frente a un 13,63% en 2015. Por contra, el incremento ha sido significativo entre las consejeras no ejecutivas, pasando de un 18,90% en 2015 al 24,02% en 2018. En entidades de pequeño tamaño, la diversidad de género es menor y, de hecho, ha bajado respecto de 2015. Más de dos tercios de las entidades de crédito de menor dimensión no cuentan con consejeras ejecutivas en sus consejos de administración, en un porcentaje que sube 14 puntos respecto a

2015 (68,57% en 2018 y 54,24% en 2015). Indica la EBA que las empresas de servicios de inversión de reducido tamaño están gestionadas normalmente por sus propietarios —a veces único—, lo que hace imposible alcanzar la diversidad en los procesos de selección.

Dos tercios de las entidades analizadas (el 66,95%) cuentan únicamente con consejeros ejecutivos varones.

En las entidades significativas, la situación ha mejorado ligeramente pero en el 50,63% de ellas aún no encontramos consejeras ejecutivas (un 60,34% en 2015). Considerando que en estas entidades el número de consejeros ejecutivos es superior respecto a las entidades de menor tamaño, y que los requisitos legales en materia de diversidad son más estrictos, el nivel de representación femenina en los órganos de gestión no es satisfactorio. Incluso cuando en estas entidades significativas la presencia equilibrada de género en funciones ejecutivas es mayor que en el resto de entidades analizadas. Respecto a la función supervisora no ejecutiva, el 70,78% cuentan con consejeros no ejecutivos de ambos géneros. Las entidades financieras —afirma la EBA— debieran considerar la adopción de medidas adicionales para promover una presencia más equilibrada de ambos géneros en los consejos de administración. Confiemos en que la *moral suasion* que ejerce esta autoridad sobre sus supervisados contribuya a alcanzar una efectiva diversidad de género en los consejos de administración de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Para terminar este epígrafe, referiremos brevemente las opiniones de la EBA respecto a la brecha remuneratoria. Tras la recogida de datos en materia de remuneración de consejeras, la EBA concluye que existe brecha salarial entre mujeres y hombres. De acuerdo con la directiva de 2013 (modificada en este punto por la Directiva 2019/878, de 20 de mayo de 2019), la política de remuneración ha de ser imparcial en cuanto al género [arts. 74.1 y 92.2.a bis)]. Pues bien: en la mayoría de las instituciones analizadas, la remuneración de los consejeros varones es superior a la de las mujeres en el mismo cargo. Ello puede explicarse en parte por el hecho de que solo el 8,53% de los consejeros delegados (CEO) y el 9,49% de los presidentes de consejo son mujeres, siendo éstos los cargos con mayor remuneración en el seno del consejo. Sin embargo, de acuerdo con su análisis, la EBA concluye que esta circunstancia por sí sola no puede explicar las diferencias en la remuneración de las consejeras, diferencias que son claramente apreciables en el caso de las no ejecutivas frente a las ejecutivas. De acuerdo con la directiva de 2013, la autoridad europea está comisionada para evaluar la imparcialidad de las prácticas remuneratorias desde la perspectiva del género, lo que realizará en futuros informes. Evaluará asimismo la conveniencia de aprobar directrices en esta materia, así como respecto a la diversidad de género en los consejos

de administración (38). Esperemos que los futuros informes de la Autoridad Bancaria Europea en esta materia contribuyan también a eliminar la brecha salarial en la remuneración de las consejeras. El derecho europeo bancario, entendido en un sentido amplio, suele abrir el camino para que sus previsiones sean extendidas al resto de las sociedades cotizadas; así ha sucedido en materia de comisiones del consejo de administración o de delimitación de las remuneraciones de los consejeros.

VII. LA INTRODUCCIÓN DE CUOTAS POR LEY

No queremos terminar este breve estudio sin aludir brevemente a la que consideramos es la medida más efectiva para incrementar el número de consejeras en nuestras sociedades cotizadas: la introducción de cuotas en el consejo y de sanciones por su incumplimiento en norma de rango legal.

El fomento de la presencia de consejeras en los consejos de administración es una materia que en nuestro país se aborda desde los Códigos de buen gobierno corporativo, a diferencia de lo que acontece en Noruega (39), Francia, Bélgica, Alemania, Italia, Portugal o Austria (40). Francia y Alemania fueron los primeros países de la Unión que introdujeron por ley las cuotas en los consejos de las cotizadas.

Un reciente estudio a nivel europeo demuestra que la presencia de mujeres en los consejos es mayor en aquellos países que cuentan con recomendaciones al respecto en sus códigos de buen gobierno corporativo. En aquellas jurisdicciones en las que las cuotas se han introducido por ley, si no va aparejado

(38) *EBA Report on the benchmarking of diversity practices at European Union Level*, cit. pp. 6 y 36-38.

(39) En Noruega se aprobó en el año 2003 la ley que, con carácter voluntario, establecía una cuota del 40% de mujeres en los consejos de cotizadas (en la época, el porcentaje de consejeras era del 9%). Ante el escaso cumplimiento de esta norma, en 2006 deviene imperativa con un periodo transitorio de dos años tras el cual, la cotizada que no alcanzara el referido umbral, debería disolverse. En abril de 2008 todas las cotizadas contaban el porcentaje del 40% de mujeres en sus consejos de administración (AHERN, K.R., DITTMAR, A., «The Changing of the Boards: The Impact on Firm Valuation of Mandated Female Board Representation» *Quarterly Journal of Economics*, 127, 2012, pp. 137-197, p. 1 de la versión digital disponible en <https://ssrn.com/abstract=1364470>

(40) Sobre estas normativas, v. DE CONTES, M.L., «La ley de cuotas en los consejos de administración de las empresas francesas y su aplicación», MILLER, K., «La cuota alemana», PROFETA, P., «Board gender quotas: the italian case», «The system of quotas of corporate bodies under Portuguese law». Todas estas contribuciones han sido publicadas en la obra colectiva *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, (dir. B. Campuzano y A. Pérez Troya), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 532-545, pp. 546-554, pp. 555-562 y pp. 563-576, respectivamente.

su incumplimiento a la imposición de sanciones, no se aprecia un incremento significativo de la presencia de mujeres en los consejos de administración (41). Obviamente, si el incumplimiento del porcentaje de mujeres en el consejo se tipifica como infracción administrativa, el nivel de consejeras alcanza el umbral previsto en la norma.

En Francia la cuota alcanza el 40% de consejeras con funciones no ejecutivas de acuerdo con la Ley 2011-103 de 27 de enero de 2011 relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración y de vigilancia. Las sanciones por el incumplimiento de estos porcentajes son la *vacatio* del cargo de consejero hasta que se nombre a una mujer que lo ocupe y se alcance el 40% y, además, la no percepción de dietas por asistencia al consejo hasta que se logre una cuota del 40%. Previsión similar encontramos en la ley portuguesa de 2017.

En Alemania, la Ley para la igualdad en la participación de mujeres y hombres en puestos directivos en los sectores público y privado, de 6 de marzo de 2015, modificó la Ley de sociedades anónimas y las leyes sobre participación de los trabajadores en el consejo de supervisión. Se impone una cuota obligatoria del 30% para el consejo de supervisión (no ejecutivo) o, en un sistema monista, del consejo de administración, más infrecuente en las cotizadas alemanas. El incumplimiento del mínimo del 30% puede acarrear multa sancionadora a la cotizada por importe de hasta 50.000 euros.

Portugal impuso el sistema de cuotas en el consejo de administración de las cotizadas (el 33,33% de los consejeros) mediante la Ley 62/2017, de 1 de agosto, de representación equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de administración y de fiscalización de las entidades del sector público empresarial y de las cotizadas en bolsa; la ley recoge sanciones administrativas —incluida la multa pecuniaria— por incumplimiento de esta obligación.

En nuestro país no nos consta la existencia de proyectos de ley al respecto; se opta por *soft law* o derecho indiciario —los códigos de buen gobierno— para el fomento de la presencia consejeras en las sociedades cotizadas. Sin perjuicio de que se haya producido una mejora notable en cuanto al número de consejeras, el proceso es más lento de lo que debiera, al menos en nuestra opinión. En 2006 el porcentaje de mujeres en los consejos era del 6,9% y en 2019, como hemos indicado, del 23,4%, sin que se haya llegado siquiera al objetivo del 30% de mujeres consejeras en el año 2020 que recomendaba el Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015. En el

(41) V. estas y otras interesantes consideraciones en el minucioso y sobresaliente estudio de MARTÍNEZ GARCÍA, I, y GÓMEZ ANSÓN, S., *Regulación de género en los consejos de administración: el papel moderador del entorno institucional*, CNMV, Documento de Trabajo 72, noviembre de 2020, *passim*.

Proyecto de ley de reforma de la ley de sociedades de capital y otras normas financieras (42), Proyecto de ley que va más allá de la transposición de la directiva de la que trae causa, se ha perdido la oportunidad de imponer la cuota de consejeras —aunque fuera la del 30%— incorporando la correspondiente sanción por su incumplimiento. Llama la atención que en fase de enmiendas a este Proyecto de ley tampoco se haya presentado alguna en este sentido, ni siquiera por aquellos grupos parlamentarios que, al menos públicamente, han hecho de la igualdad un ariete. La paralización, al menos hasta la fecha, de una propuesta de directiva para la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas no puede servir de excusa para no avanzar de forma decidida en esta materia.

(42) Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, (121/000028), BOCG, Serie A, núm. 28-1, de 7 de septiembre de 2020.

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN EL DERECHO ESPAÑOL^(*)()**

CARMEN ALASTUEY DOBÓN

*A mi admirado profesor y querido amigo Luis Gracia Martín,
Catedrático de Derecho penal, in memoriam.
Sirvan estas páginas como merecido homenaje a su persona
y como expresión de mi agradecimiento por la inmensa
generosidad con la que impartió su magisterio.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EXPULSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.– II. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN.– III. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE SANCIÓN.– IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA: 1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx).– 2. La expulsión por contar con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx).– 3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx).– 4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la condena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx).– V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL: 1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP). 2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP).– VI. CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: Este trabajo analiza la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en los distintos supuestos en los que el Derecho español permite ordenarla. Una vez identificado cuál es su fundamento en cada caso, se concluye, por un lado, que la expulsión carece de naturaleza penal cuando está prevista como consecuencia jurídica del delito, y, por otro lado, que no posee en ninguna de sus modalidades naturaleza sancionadora, sino que se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad o de una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a hipotéticos peligros.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 24 de noviembre de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de enero de 2021.

(**) El trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de investigación RTI2018-098251-B-I00 sobre «Sistema y taxonomía de las consecuencias jurídicas y diferenciación del subsistema de sanciones y consecuencias jurídicas del delito» (entidad financiadora: Fondos FEDER y Agencia estatal de investigación). Se inserta, asimismo, dentro de las líneas de investigación del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo FEDER Aragón 2014-2020.

Palabras clave: derecho de extranjería; expulsión de extranjeros; naturaleza de las consecuencias jurídicas; actos de gravamen no sancionatorios; sanciones administrativas; penas; medidas de seguridad y reinserción social.

ABSTRACT: This work analyzes the legal nature of the expulsion of foreigners in the cases provided for by Spanish law. After identifying the basis for each particular case, some conclusions are drawn. Firstly, expulsion lacks a criminal nature when it is enforced as a legal consequence of an offence and, secondly, it is not punitive in any of its forms. It is rather a measure to reestablish legality or a preventive security measure against hypothetical dangers.

Key words: immigration law; expulsion of foreigners; nature of legal consequences; non-punitive restrictive administrative actions; administrative penalties; criminal penalties; security and social reintegration measures.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXPULSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La legislación española en materia de extranjería configura la expulsión como una forma de salida obligatoria del territorio nacional de los extranjeros que puede ser ordenada judicialmente, en los casos previstos en el Código penal, o acordada por resolución administrativa, cuando así lo establezca la normativa administrativa (1). La expulsión supone, en todos los casos en los que aparece regulada, la salida coactiva del territorio nacional del extranjero, con el efecto aparejado de prohibición temporal de entrada en él, si bien dicha prohibición tiene establecida legalmente una mayor extensión en la expulsión judicial (de cinco a diez años de acuerdo con el art. 89 CP; diez años ex art. 108 CP) que en la administrativa (como regla general, máximo de cinco años; excepcionalmente hasta diez, según el art. 58.1 y 2 LOEx) (2).

La expulsión por orden judicial de los extranjeros que han cometido hechos delictivos en sustitución de la pena que les hubiera resultado aplicable está prevista en nuestro ordenamiento jurídico, al menos, desde la vigencia de la

(1) Así lo indica el art. 28.3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx).

(2) En el caso de la expulsión administrativa, la prohibición de entrada se exceptúa si el extranjero ha abandonado el territorio nacional durante la tramitación del expediente administrativo sancionador por los supuestos contemplados en las letras a) y b) del art. 53.1 LOEx. En los mismos supuestos, habrá de revocarse la prohibición de entrada si el extranjero abandona el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión (art. 58.2, segundo párrafo, LOEx y arts. 24 y 245 del RD 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx —en adelante, Reglamento de extranjería—). Pero hay que tener en cuenta que si se tramita la expulsión a través del procedimiento preferente, en los supuestos previstos en el art. 63 LOEx, en lugar de mediante el ordinario (art. 63 bis LOEx), no se concede un periodo de salida voluntaria.

Ley de extranjería de 1985 (art. 21.2, segundo párrafo) (3). Pero el Código penal de 1995 otorgó a la figura un mayor protagonismo al incorporarla formalmente al elenco de substitutivos de la ejecución de penas privativas de libertad en su art. 89 mediante una regulación más extensa (4) y compleja que desde entonces se ha modificado en cuatro ocasiones (5), por lo que el texto vigente es significativamente distinto del original. La sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros sin residencia legal en nuestro país por su expulsión estaba prevista inicialmente como una potestad del juez o tribunal, pero la reforma operada por LO 11/2003 dio una vuelta de tuerca a esta regulación al instaurar el criterio del carácter imperativo de la expulsión, además de cerrar la puerta a la posible valoración de las circunstancias individuales del hecho o del culpable y eliminar el trámite de audiencia al reo. Teniendo en cuenta que la mera irrupción de la expulsión en el Código penal había suscitado considerables recelos (6), no extrañan las encendidas críticas de las que fue objeto la reforma de 2003 (7). El Tribunal Supremo se sumó decididamente a estas objeciones a través de su conocida sentencia n.º 901/2004, de 8 de julio, en la que incluso llegó a excederse en sus atribuciones interpretativas, en su afán por reconducir la aplicación de la expulsión a cauces constitucionales (8).

(3) En cuya virtud, «si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta». Menciona antecedentes más remotos BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 156. Sobre los antecedentes históricos de la expulsión judicial véanse también FLORES MENDOZA (2002), pp. 98 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 406 ss.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 61 ss.

(4) No obstante, el art. 89 CP limitó su aplicación a los extranjeros sin residencia legal, limitación que no contemplaba el art. 21.2, segundo párrafo, de la antigua Ley de extranjería. Esta restricción se ha mantenido en las sucesivas versiones del art. 89 CP hasta la reforma operada por LO 1/2015.

(5) A través de las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y 1/2015. Véase un análisis del *iter* legislativo en GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 138 ss.

(6) Véanse solo ASÚA BATARRITA (2002), pp. 19 s., 45 ss., 95 s., donde afirma que la expulsión como alternativa a la pena se revela «incongruente y contradictoria» y pone en entredicho «el sistema de garantías y de principios constitucionales», por lo que propone una aplicación limitada de la figura mediante una interpretación restrictiva de su regulación; y, sobre la posible inconstitucionalidad de la expulsión, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 509 ss.

(7) Véanse las consideraciones críticas a la regulación penal de la expulsión, en particular en su redacción de 2003, formuladas entre otros por SANZ MORÁN (2004), pp. 35 ss.; MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 401 ss., pp. 452 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 1 ss.; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 202 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 428 ss.; y MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), pp. 19 ss.

(8) El Tribunal Supremo argumenta en dicha sentencia sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 CP, ampliando las excepciones a la expulsión,

En las últimas versiones del precepto el legislador ha atendido en parte estas reclamaciones doctrinales y jurisprudenciales, optando por una progresiva suavización de aquellas rigidices. Así, por ejemplo, en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 (9) destaca la recuperación del trámite de audiencia previa al penado. Por su parte, el actual art. 89 CP, procedente de la reforma que tuvo lugar mediante LO 1/2015, requiere ponderar en cada caso las circunstancias del hecho y las personales del extranjero, en particular su arraigo en España, con el fin de evitar que la expulsión resulte desproporcionada. Pero ello no significa que se haya iniciado una tendencia legislativa favorable a restringir la orden judicial de expulsión del extranjero que ha delinquido; más bien al contrario, el legislador de 2015 ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todos los extranjeros (10), con independencia de si residen legalmente en España o no y de si son extracomunitarios o pertenecen a la Unión Europea, aunque en este último caso se establecen limitaciones a la facultad judicial de optar por la expulsión, atendiendo a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En otro orden de cosas, la reforma modifica la referencia a las penas sustituibles en un doble sentido: por un lado, se limita la sustitución a las penas de prisión —antes, cualquier pena privativa de libertad— y, por otro lado, en cuanto a la duración de la pena susceptible de ser sustituida, ya no se establece un límite máximo, sino que se ha optado por fijar un límite mínimo de un año. En fin, se configura en el texto vigente un régimen de sustitución total y otro de sustitución parcial de la pena, para cuya aplicación rigen, por expresa disposición del legislador, los criterios de necesidad «de asegurar la

incluyendo a tal efecto un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión (FJ 2). Esta tesis la ha mantenido en numerosas sentencias posteriores, como por ejemplo 636/2005, de 17 de mayo; 366/2006, de 30 de marzo; 165/2009, de 19 de febrero; 531/2010, de 4 de junio; 588/2012, de 29 de junio y 479/2014, de 3 de junio. Como se indica en el texto, la doctrina compartía la opinión crítica de la regulación del art. 89 CP expresada en aquella sentencia, pero en general entendió que el TS debió haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad. Véanse al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 10 s.; ARIAS SENSO (2005), pp. 1 ss.; DURÁN SECO (2005), pp. 326 ss.; TOMÉ GARCÍA (2006), p. 159; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), pp. 653 ss.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 434 s.; y, muy crítico, SÁNCHEZ TOMÁS (2008), pp. 1566 ss., quien pone la sentencia como ejemplo de «insumisión judicial». Véanse además los comentarios a la sentencia de LÓPEZ LORENZO (2005), pp. 1 ss.; y MAGRO SERVET (2005), pp. 1 ss.

(9) Puede verse un análisis de esta reforma en GUIASOLA LERMA (2010), pp. 206 ss.

(10) Esta propuesta la hizo ya el Grupo de Estudios de Política criminal en el año 1998, pero en el marco de una regulación mucho más restrictiva que la vigente, y añadiendo la condición de que el consentimiento del extranjero residente legal fuese vinculante. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

defensa del orden jurídico» y de «restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (11).

En paralelo, el Código penal de 1995 estableció la posibilidad de sustituir las medidas de seguridad privativas de libertad por la expulsión (art. 108 CP) y, además, incluyó esta última en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3) (12). El art. 108 CP fue modificado por la LO 11/2003, en cuya virtud la sustitución de la medida por la expulsión pasó a convertirse en la regla general, a la vez que ampliaba dicha modalidad de sustitución a todas las medidas de seguridad —no solo a las privativas de libertad—. Este precepto no ha sido adaptado a las reformas posteriores sufridas por el art. 89 CP, lo que provoca incomprensibles desajustes entre ambos supuestos de sustitución de la consecuencia jurídico-penal por la expulsión (13).

En cuanto a la expulsión acordada por la autoridad administrativa (14), el precepto de referencia es el art. 57 LOEx (15), de aplicación a extranjeros no comunitarios. El apartado 1 del mencionado precepto permite aplicar la expulsión en lugar de la sanción de multa (16) a los extranjeros que hayan cometido infracciones tipificadas en el art. 54 de la misma ley como muy graves o algunas de las graves descritas en el art. 53. Y el apartado 2 considera «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta que constituya en nuestro país un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, siempre que los antecedentes penales no hayan sido cancelados. El hecho de que el extranjero se encuentre procesado o imputado por uno o varios delitos —siempre que no alcancen determinada gravedad o no se trate de delitos relacionados con el tráfico de personas— no supone un obstáculo para su expulsión administrativa, limitándose la ley en este caso a requerir autorización judicial para poder llevarla a cabo (art. 57.7 LOEx). Finalmente, el apartado 8 del mismo precepto dispone la expulsión de los condenados por los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 del Código penal una vez cumplida la pena privativa de libertad correspondiente. Por lo que respecta a los ciudadanos de Estados

(11) Para una ampliación sobre estas novedades véanse CANO CUENCA (2015), pp. 364 ss.; CARDENAL MONTRAVETA (2015), pp. 344 ss.; LEGANÉS GÓMEZ (2015), pp. 1 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2015), pp. 791 ss.; BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 273 ss.; GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 147 ss.; y PINTO DE BARROS (2019), pp. 2 ss.

(12) El antecedente inmediato de esta regulación se encuentra en la Ley 16/1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social (arts. 5.12 y 7).

(13) Al respecto, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 340 s.

(14) La antigua Ley de extranjería (LO 7/1985) regulaba las modalidades de expulsión administrativa en el art. 26.1 y, en relación con él, el art. 21.2, párrafo primero.

(15) Este precepto también ha sido objeto de varias reformas desde la entrada en vigor de la LOEx. La última tuvo lugar por LO 4/2013, de 28 de junio.

(16) Véase el art. 55 LOEx.

miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hay que atender al art. 15 del RD 240/2007, donde se permite ordenar su expulsión solo «por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública», de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En suma, todas estas disposiciones legales conforman un conjunto normativo cuya consecuencia jurídica es la expulsión del extranjero. Esta se configura a veces como alternativa a la multa administrativa, otras veces como sustitutiva de la pena de prisión, en todo o en parte, y en otras ocasiones como acumulada a esta, sin olvidar su caracterización como sustitutiva de las medidas de seguridad. La expulsión aparece así como una consecuencia incorporada a dos sectores del ordenamiento jurídico mediante complejas interrelaciones que parecen otorgarle una dimensión polivalente o multifuncional.

II. APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN

De entre las numerosas cuestiones problemáticas que rodean al instituto de la expulsión destaca la relativa a las dificultades para precisar su naturaleza jurídica. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre este asunto discurre en dos planos bien diferenciados, según se trate de la expulsión judicial o de la administrativa. En cuanto a la expulsión judicial, dada su configuración formal como sustitutivo de las consecuencias jurídico-penales, el análisis se ha centrado en averiguar si es posible atribuir a la figura naturaleza penal, esto es, si puede afirmarse que es una pena cuando sustituye a la prisión en virtud del art. 89 CP, y que es una medida de seguridad y reinserción social cuando sustituye a la medida que resultase aplicable, de acuerdo con el art. 108 CP. Al respecto, la doctrina absolutamente mayoritaria concluye que la expulsión no es una consecuencia jurídico-penal, pues tanto sus características intrínsecas como algunos de los elementos incorporados a su regulación impiden que sea capaz de desempeñar las funciones propias de las consecuencias de esta naturaleza. Así, por un lado, se indica que la expulsión no es una pena, tesis que vendría avalada por argumentos formales —no se recoge en el catálogo de penas del art. 33 CP (17)— y materiales. En relación con estos últimos razonamientos se resalta con frecuencia que el contenido aflictivo de la expulsión no es uniforme, sino que depende de las circunstancias personales del extranjero al que se le impone (18), de manera que al no constituir en todo

(17) Al respecto, por todos, TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 63; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89.

(18) Sobre la ambivalencia aflictiva de la expulsión, que en algunos casos la hace resultar más gravosa que el cumplimiento de una pena privativa de libertad que no supere una determinada duración, mientras que en otros casos puede representar un trato de favor, véase

caso un *mal* (19), un castigo, encuentra dificultades para desplegar efectos de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general (20). Asimismo, y como consecuencia de esa peculiaridad, la sustitución de la pena por la expulsión dispensa un trato punitivo diferenciado a los condenados extranjeros respecto a los nacionales —y, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal respecto a los residentes regulares—. Esta distinción, se aduce, genera tensiones con el principio de igualdad (21), además de ser

ya ASÚA BATARRITA (2002), pp. 48 ss., quien hace referencia al reconocimiento que de aquella hace el TC —así, STC 242/1994 (FJ 4): «puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros», ATC 33/1997 (FJ 2): «ahora bien, cuando la expulsión la solicita el afectado, lo que se está planteando es la concesión de un beneficio consistente en evitar la privación de libertad personal», y STC 203/1997 (FJ 2), donde señala la diferente relevancia constitucional que presenta la expulsión «a instancia del interesado» respecto a la realizada «al margen de la voluntad del afectado»—. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA (2004), p. 345; CANCIO MELIÁ (2005), pp. 198, 202; DÍAZ Y GARCÍA CONILLO (Dir.) (2007), p. 631; FERNÁNDEZ TERUELO (2007), p. 236; MONCLÚS MASÓ (2008), p. 433; MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), p. 20; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), p. 229; GUIASOLA LERMA (2010), pp. 207 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 218 s.; TAMARIT SUMALLA (2016), p. 666; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 89. Mantienen otro punto de vista TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 77 s., en cuya opinión, más allá de que en el caso concreto resulte más o menos gravosa para el sujeto, su contenido aflictivo es objetivamente menor que el de una privación de libertad; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s., quien utiliza el argumento en sentido contrario, para resaltar el carácter objetivamente aflictivo de la expulsión.

(19) Así, CANCIO MELIÁ (2005), p. 214. Véase también, sobre el problema, MAQUEDA ABREU (2001), pp. 510 s. No obstante, conviene señalar que tres recientes monografistas sostienen la opinión de que la expulsión constituye materialmente una pena, haciendo hincapié precisamente en su carácter aflictivo. En este sentido, MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 451-453, quien extiende esta naturaleza jurídica a los supuestos de expulsión administrativa, que a su modo de ver debería ser impuesta también por un juez; en términos similares, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 170 s., basándose fundamentalmente en «los severos recortes de derechos que implica la expulsión, y que se plasman en las graves consecuencias (...) que puede tener para la vida del migrante condenado»; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 270 s. Señalan además estos autores que al considerarla una pena se asegura su imposición en un procedimiento jurisdiccional dotado de las garantías penales. Sobre la consideración de la expulsión como pena véase también IZQUIERDO ESCUDERO (1997), pp. 3 ss., quien entiende que la pena no es propiamente la expulsión, sino la prohibición que lleva aparejada de regresar a España durante un período de tiempo.

(20) Sobre ello, con ulteriores referencias, BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 222 s.

(21) Al respecto FLORES MENDOZA (2002), p. 110; CANCIO MELIÁ (2005), p. 202; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 280 s. y los autores que allí citan; SOUTO GARCÍA (2007), p. 309; IGLESIAS RÍO (2008), p. 656; MUÑOZ RUIZ (2014), p. 13; y LEGANÉS GÓMEZ (2015), p. 3. Cabe recordar que el TC justifica el trato diferenciado por razón de la nacionalidad, alegando al respecto que los extranjeros no tienen derecho a residir en España, salvo en los casos que así establezcan las leyes y los tratados, por lo que es lícito que la legislación de extranjería subordine dicho derecho al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no cometer delitos de cierta gravedad (así ATC 33/1997, FJ 4; STC 24/2000, FJ 4; y STC 236/2007, FJ 14). La tesis está refrendada por el TEDH, tal y como indica ROIG TORRES (2014), p. 428. Sobre ello, véase también RECIO JUÁREZ (2016), pp. 99, 196 s.

difícilmente justificable desde los parámetros que rigen la aplicación de las consecuencias jurídico-penales. A lo anterior habría que añadir la incapacidad de la expulsión para ofrecer una respuesta proporcionada a la gravedad del hecho (22). También el TC ha negado a la expulsión judicial la naturaleza de pena. Así lo expuso ya en STC 242/1994 (FJ 4): «la expulsión no puede ser calificada como pena. Al contrario que ésta, no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho tipificado legalmente como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a la política de extranjería, que a aquél incumbe legítimamente diseñar» (23).

Por otro lado, la doctrina ha hecho hincapié en la absoluta desatención a la reinserción del condenado por parte de la expulsión, no solo porque la propia figura obviamente no la persigue, sino también porque su regulación ha omitido tradicionalmente cualquier referencia a la valoración de las circunstancias personales del sujeto o su conducta como criterios para optar por la no sustitución (24). Ello le aleja de la «filosofía de los sustitutivos penales», cuya finalidad es evitar la desocialización que puede provocar el internamiento del penado en un establecimiento penitenciario para cumplir una pena privativa de libertad de corta duración, proporcionando una alternativa orientada a la prevención especial (25). Por último, prácticamente todos los autores entienden también que la expulsión no cumple ninguno de los requisitos de las medidas de seguridad y reinserción social, porque no requiere la constatación de la peligrosidad criminal del sujeto ni posibilita la aplicación de ningún programa individualizado tendente a neutralizarla (26).

(22) Así, NAVARRO CARDOSO (2004), p. 16; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; y BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 165. Véanse también MUÑOZ LORENTE (2004), p. 464; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 627, refiriendo la ausencia de proporcionalidad a la uniforme duración de la prohibición de entrada tras la reforma de 2003. Desde la reforma de 2010 el periodo de prohibición de entrada oscila entre los cinco y los diez años «atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado» (vigente art. 89.5 CP).

(23) La misma argumentación puede verse en ATC 106/1997 (FJ 2) y SsTC 203/1997 (FJ 3); y 24/2000 (FJ 3).

(24) Véanse, por todos, CANCIO MELIÁ (2005), pp. 195 ss.; e Iglesias Río (2008), pp. 643 s.

(25) ASÚA BATARRITA (2002), p. 57. Niegan que la expulsión constituya un sustitutivo penal, pese a su configuración formal, por ejemplo, FLORES MENDOZA (2002), p. 108; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 17 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 212; GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 230 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 166; RODRÍGUEZ BALADO (2011), p. 39; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 72; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 87.

(26) Así, CUGAT MAURI (2001), pp. 31 s.; ASÚA BATARRITA (2002), p. 60; CANCIO MELIÁ (2005), p. 214; SOUTO GARCÍA (2007), p. 314; URRUELA MORA (2009), pp. 198 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 165 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 67 s.; ROIG TORRES (2014), p. 474; BOZA MARTÍNEZ (2016),

Una vez negado el carácter penal de la expulsión judicial, parece natural volver la vista al Derecho administrativo. Así lo ha venido haciendo un importante sector doctrinal, cuando indica que la expulsión estaría llamada en realidad a cumplir objetivos de política de extranjería, en particular de control de la inmigración ilegal —dada la restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión judicial, hasta la reforma de 2015, a los extranjeros sin residencia legal en España— (27). Más allá de la acertada crítica que acompaña a esta consideración, relativa a la instrumentalización del Derecho penal para conseguir objetivos que le son ajenos, o a la subordinación del Derecho penal a la política de extranjería (28), me interesa resaltar la conclusión que de ella se puede inferir respecto a la naturaleza jurídica de la figura. En efecto, según este punto de vista, dado que las funciones de la expulsión regulada en el Código penal no difieren de las encomendadas a la expulsión prevista en la legislación administrativa, la naturaleza jurídica de ambas modalidades de expulsión debe coincidir; y si se parte de que la expulsión administrativa tiene naturaleza sancionadora, de ahí resultará que en ambos casos estemos ante una «sanción administrativa», aunque la expulsión judicial haya sido revestida de las formalidades de una consecuencia jurídico-penal al ser impuesta por un juez de ese orden jurisdiccional en una sentencia condenatoria (29).

pp. 262 s, 330 s.; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 91 s. Pese a ello, el TS afirma que esa es su naturaleza, por encontrarse en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3) —así, SsTS 901/2004, de 8 de julio; 710/2005, de 7 de junio; 1099/2006, de 13 de noviembre; 165/2009, de 19 de febrero; 617/ 2010, de 22 de junio; y 438/2016, de 3 de junio, entre otras—. Dicho sea de paso no es cierto, como afirma el TS, que su introducción en el catálogo de medidas de seguridad tuviera lugar por LO 15/2003, pues la versión inicial del Código penal ya la recogía en dicho precepto. Por lo demás, es discutible que se refiera el TS en todo caso a que su naturaleza es, materialmente, la de una medida de seguridad y *reinserción social*. En efecto, en algunas sentencias se indica que estamos ante una «medida de seguridad por razones de política migratoria —véanse STS 28/2011, de 25 de enero y 6/2018, de 10 de enero—». Se aparta de las anteriores la STS 1231/2006, de 23 de noviembre: la expulsión no es ni una pena ni una medida de seguridad «lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas».

(27) Adicionalmente, la expulsión judicial se explicaría con el argumento económico y utilitario de descongestión de los establecimientos penitenciarios. Se refieren a ello, por ejemplo —pero no comparten que la expulsión se justifique con esos motivos— GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 152 s.: «el (...) planteamiento del legislador responde a la lógica de que si esas personas, los extranjeros, finalmente van a ser expulsados del territorio español, resulta conveniente por razones de gestión presupuestaria anticipar su salida a través de la vía penal»; y GARCÍA ESPAÑA (2016), p. 11. Véanse además las objeciones a este argumento formuladas por CANCIO MELIÁ (2005), pp. 192 ss.

(28) Véanse, por todos, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 54 ss., 61, 91; FLORES MENDOZA (2002), pp. 108 ss.; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 3 ss.; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 70 s.

(29) Así, con total claridad, ASÚA BATARRITA (2002), pp. 58 ss., 67 s.: «en el marco de la ley de extranjería constituye una genuina sanción administrativa», y en referencia a la expul-

La anterior consideración nos conduce de lleno al plano por el que se desenvuelve la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa. Se da la circunstancia de que en este ámbito constituye objeto de debate, precisamente, si la expulsión es una sanción administrativa o, al menos, si lo es en todos los casos en los que aparece regulada, por mucho que el legislador la califique como sanción. La doctrina administrativista que se ha ocupado de perfilar un concepto material de sanción y, partiendo de él, de clasificar las innumerables consecuencias jurídicas del Derecho administrativo según se trate de sanciones o de actos de gravamen no sancionatorios encuentra dificultades para determinar dónde debe ubicarse la expulsión de extranjeros (30). Tampoco la Sala 3.ª del TS y el TC, que se han pronunciado sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión administrativa al hilo de asuntos diversos, han alcanzado hasta el momento una postura uniforme y clara al respecto. De cualquier modo, del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del problema sí puede deducirse la necesidad de estudiar las distintas modalidades de expulsión administrativa recogidas en el art. 57 LOEx de manera individualizada, pues es discutible que todas ellas compartan la misma naturaleza.

En definitiva, enlazando con la opinión manifestada mayoritariamente por la doctrina penal, no parece que pueda discutirse que la expulsión constituye un instrumento de política de extranjería en todos los casos en los que aparece

sión judicial: «aunque sea anómalo, como lo es esa injerencia de la política de inmigración en el código penal, debe reconocerse que en su fundamento y en su contenido sustancial no se diferencia de la sanción administrativa de expulsión». Entienden también que la expulsión judicial tiene la naturaleza de sanción administrativa, SANZ MORÁN (2004), p. 39; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 18; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Dir.) (2007), p. 631; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 227 ss., 231; RODRÍGUEZ BALADO (2011), pp. 40, 51; GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 57; y yo misma, antes de profundizar en la cuestión, en GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), p. 332. GARCÍA ARÁN (2011), pp. 736 s., considera que su naturaleza es «esencialmente administrativa», pero no se refiere a su carácter sancionador.

(30) Como muestra de lo indicado, véanse REBOLLO PUIG (2001), p. 166, nota 31, quien cita a la expulsión entre las sanciones para añadir seguidamente, refiriéndose al art. 57.1 LOEx: «pero, en general, más que una sanción, es una medida que en algunos casos sustituye a la sanción»; el mismo (2010), pp. 92 s.: «la expulsión de extranjeros es en unos casos sanción y en otros no; depende de las circunstancias que la motiven y de cómo esté configurada legalmente», admitiendo que en algunos casos «la expulsión parece, más bien, una medida de simple restablecimiento de la legalidad»; por su parte, HUERGO LORA (2007), p. 354, estima que en algún supuesto «se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto» aunque no excluye que pueda ser una sanción en ciertos casos; y CANO CAMPOS (2017), p. 214, quien explica que la frontera entre las sanciones y otras medidas no sancionadoras no siempre es nítida, y pone como ejemplo, citando a *Rebollo*, la expulsión de extranjeros, que «dependiendo de la decisión del propio legislador (...) puede ser considerada una sanción o una medida de restablecimiento de la legalidad».

prevista, con independencia de si la impone un órgano administrativo u otro judicial. Pero la pregunta clave es si el objetivo de la política de extranjería que se sirve de la expulsión es sancionador o de otra índole. Dicho con otras palabras, se trata de averiguar, o al menos intentarlo —y a ello dedicaré las páginas que siguen—, si dicho instrumento se utiliza realmente con la finalidad de castigar al extranjero por la realización de una infracción (administrativa o penal). El análisis pondrá de manifiesto que la expulsión es una figura de perfiles muy complejos, cuyo acomodo pacífico en el sistema general de consecuencias jurídicas —y no solo en el específico de consecuencias jurídico-penales— resulta sumamente dificultoso.

Esta breve exposición del estado de la cuestión quedaría incompleta si no se mencionase que la caracterización de la expulsión judicial, una vez descartada su naturaleza penal, como una sanción administrativa no es la única opción que se ha puesto sobre la mesa. Y así, desde otra perspectiva, también muy crítica con la figura, se hace notar el componente de exclusión del sistema jurídico de un grupo de personas consideradas no deseadas inherente a la expulsión, lo que la convierte en una medida puramente inocuidadora (31). Aunque en ocasiones este planteamiento se perfila como complementario del anteriormente expuesto, me parecen dos orientaciones difícilmente compatibles. En efecto, como enseguida se recordará, las sanciones —administrativas o penales— persiguen la retribución de una infracción, esto es, suponen la aplicación de un castigo proporcionado a la gravedad de un injusto culpable. Por supuesto que la sanción puede —y debe— desplegar efectos de preven-

(31) Véanse MAQUEDA ABREU (2001), p. 513; LAURENZO COPELLO (2004), p. 30, quien la define como un «mero instrumento ejecutor de una política inocuidadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero (...) que infrinja las leyes penales en nuestro país». Por su parte CANCIO MELIÁ (2005), pp. 211 ss., resalta este elemento de la expulsión como uno característico del Derecho penal del enemigo. En efecto, de acuerdo con Cancio, una de las características del Derecho penal del enemigo es «la construcción de una categoría de “enemigos” y su plasmación en un Derecho penal de autor», rasgo distintivo que la expulsión cumpliría, pues su finalidad es «asegurar la identidad de los sujetos representados en la norma, los excluyentes, mediante la exclusión». Ciertamente, aunque la versión vigente del art. 89 CP haya suavizado alguno de los aspectos característicos del Derecho penal del enemigo que eran patentes en la redacción de 2003 —la que Cancio toma como referencia— parece mantenerse incólume uno de sus rasgos más significativos, cual es el de la caracterización de un grupo de sujetos como enemigos, porque se les considera peligrosos para el orden jurídico, tal y como más adelante indicaré. Sobre la consideración de la expulsión como una manifestación del Derecho penal del enemigo, véase también NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 9, 24 s.; y, con respecto a la reforma de 2015, BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 320 ss. Por lo demás, comparten la consideración de la expulsión como medida dirigida en esencia a la inocuidación del extranjero, MUÑOZ LORENTE (2004), pp. 466, 481 s.; FERNÁNDEZ TERUELLO (2007), p. 235; DAUNIS RODRÍGUEZ (2009), pp. 229, 231; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 83 s.; 101, 226, 231 (vinculando asimismo la expulsión al Derecho penal del enemigo); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 71 s.

ción general y especial, y entre estos últimos se encuentran los de prevención especial negativa, según cuál sea el contenido de la concreta sanción —así, la que consiste en una privación de libertad—. Pero una consecuencia jurídica que tenga como única finalidad o como finalidad preferente la incoización del sujeto al que se aplica, sin que el efecto incoizador aparezca como una consecuencia colateral de un castigo proporcionado, no puede en modo alguno constituir una sanción.

Por lo demás, aunque desde ambas perspectivas se ha propuesto de *lege ferenda* la supresión de la expulsión del Código penal o, al menos, una considerable reducción de su ámbito de aplicación (32), parece que cada una de ellas permite llegar a conclusiones diversas sobre el papel que ha de representar la expulsión en el ordenamiento jurídico. En principio, el entendimiento de la expulsión como una sanción administrativa no genera necesariamente dudas sobre la legitimidad de la figura en sí, sino que solo reprueba su irrupción en el Derecho penal (33). Desde esos presupuestos, se podría afirmar que la expulsión debería mantenerse como sanción en la legislación administrativa, de donde nunca debió salir. En cambio, si la expulsión se comprende como una medida cuya única finalidad es la incoización del extranjero, y es censurada por ese motivo, se allana el camino para extender la crítica a todas las modalidades de expulsión, incluidas las contempladas en la legislación administrativa (34).

III. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE SANCIÓN

Dado que el objetivo principal de este estudio es tratar de averiguar si la expulsión tiene o no tiene naturaleza sancionadora, es preciso recordar siquiera brevemente —pues no se pretende aquí llevar a cabo una investigación sobre el concepto de sanción— cuáles son las características sustantivas definitorias de las sanciones, al margen de su naturaleza penal o administrativa. Para ello me basaré sobre todo, por lo que a la doctrina científica se refiere,

(32) Véanse las propuestas de ASÚA BATARRITA (2002), pp. 63, 95 s.; CANCIO MELIÁ (2005), p. 215; NAVARRO CARDOSO (2004), pp. 24 s.; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 232 ss.; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 379; así como la ya citada del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (1998), pp. 50 ss.

(33) Esto no significa que los autores que defienden esta tesis acepten acríticamente la presencia de la expulsión en la legislación administrativa de extranjería. Véase al respecto NAVARRO CARDOSO (2004), p. 13, nota 27, para quien «propugnar la entrada de la legislación de extranjería (se entiende: aplicando la expulsión) no implica la admisión acrítica de la actual política de extranjería». (El texto entre paréntesis no figura en el original).

(34) Amplia la crítica a la expulsión administrativa, desde la perspectiva del respeto al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales, BRANDARIZ GARCÍA (2011), p. 232.

en la investigación de *Huergo Lora* sobre las sanciones administrativas (35), así como en los últimos trabajos de *Gracia Martín* en los que examina dicha cuestión, asumiendo en esencia las tesis de *Huergo*, con el objetivo de negar la naturaleza penal y sancionadora de la responsabilidad de las personas jurídicas regulada en el Código penal, así como de las consecuencias accesorias previstas para entes sin personalidad jurídica (36). Además, es imprescindible tener en cuenta la elaboradísima doctrina del TC sobre los requisitos materiales de las sanciones plasmada fundamentalmente en sus sentencias 164/1995, 276/2000 y 48/2003.

Procede aclarar de entrada que al utilizar el término «sanción» me refiero a su concepto estricto o propio, pues ya es sabido que dicho término se utiliza con frecuencia de manera muy amplia e impropia, como sinónimo de «consecuencia jurídica», incluyendo no solo medidas punitivas, sino también resarcitorias, de restablecimiento de la legalidad o coercitivas (37). En cambio, el concepto de sanción *stricto sensu* tiene unos contornos mucho más precisos, y permite «revelar su verdadera función retributiva o de castigo por una acción ilícita» (38).

Pues bien, las sanciones propiamente dichas presentan tres características esenciales, estrechamente relacionadas entre sí, que las distinguen de otras consecuencias jurídicas con las que pueden confundirse. En primer lugar, las sanciones son en todo caso consecuencias jurídicas de una infracción, esto es, de una conducta contraria a un mandato o a una prohibición —norma de determinación— y antijurídica realizada por un individuo determinado sobre quien sea posible formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad. En otras palabras, el supuesto de hecho de una sanción solo puede serlo un injusto culpable (39). Del supuesto de hecho así configurado se deduce,

(35) HUERGO LORA (2007).

(36) GRACIA MARTÍN (2016), el mismo (2016-2), y el mismo (2020).

(37) Sobre ello véanse HUERGO LORA (2007), pp. 220-224, quien indica que el concepto de sanción en sentido amplio «incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas» (p. 220); y GRACIA MARTÍN (2016), p. 85; el mismo (2020), p. 73.

(38) Así, CANO CAMPOS (2011), p. 101, criticando el concepto amplio de sanción (pp. 100 ss.); el mismo (2017), pp. 209 s.

(39) GRACIA MARTÍN (2016), p. 40: «solo puede ser y es sanción en sentido estricto la consecuencia jurídica que tiene como presupuesto necesario la culpabilidad, y la culpabilidad tiene a la vez como presupuesto a la infracción que constituye el objeto específico del juicio de reproche»; y, en el mismo sentido, pp. 48, 61, 79 s. y 101, entre otras. Véase también su argumentación en pp. 31 ss. sobre la necesidad de distinguir adecuadamente entre el plano de las normas de valoración y el de las normas de determinación, y p. 49, donde recuerda que solo se puede denominar *infracción* al quebranto de una norma de determinación. Además, véanse SUAY RINCÓN (2010), p. 174, quien indica a este respecto que las sanciones

como segunda característica de las sanciones, que estas han de tener una finalidad punitiva, pues se imponen como castigo o retribución de lo injusto culpable con el objetivo de influir en la voluntad del sujeto que cometió la infracción (40)· (41). Además, dicha finalidad punitiva determina el contenido

administrativas y las infracciones administrativas componen un «inescindible binomio», siendo las segundas indispensable presupuesto de las primeras; REBOLLO PUIG (2010), p. 63; y CANO CAMPOS (2011), p. 101, donde niega el carácter de sanción a cualquier «incumplimiento del deber ser» —como sucede en el caso de las medidas de carácter resarcitorio o en las de restablecimiento de la legalidad, cuyo supuesto de hecho «es una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada»— y requiere para poder hablar de tal un «ilícito previo», de forma que el «supuesto de hecho de la sanción» se realice mediante «el establecimiento de mandatos o prohibiciones»; el mismo (2017), p. 210. En el mismo sentido, STC 276/2000 (FJ 3), donde se indica que las sanciones se aplican «como consecuencia de una infracción de la ley y, precisamente, a la persona que aparece como responsable de la misma»; y SsTC 48/2003 (FJ 9), 26/2005 (FJ 5): la sanción ha de ser «consecuencia de un ilícito».

(40) Indica HUERGO LORA (2007), p. 225, que «el criterio más claro de distinción entre las sanciones administrativas y otras formas de intervención administrativa con las que suelen confundirse (...) es que la sanción *castiga* o retribuye un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone, mientras que esas otras medidas tienden a satisfacer intereses públicos (...) con independencia de que también supongan un perjuicio para el infractor», y cita como ejemplos las medidas de policía, las de restauración de la legalidad o la revocación de ciertos actos por incumplimiento de sus condiciones. Y en p. 227, nota 337: «no basta (...) con la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada (...). Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo». Sobre ello, en el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (2016), pp. 75 s., 79 s., 91 s., 111 s.; REBOLLO PUIG (2001), p. 154; SUAY RINCÓN (2010), pp. 170 ss.; y CANO CAMPOS (2011), pp. 103 ss.; el mismo (2017), pp. 210, 215. Véanse no obstante las puntualizaciones de PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 76 ss.

(41) El TC también ha hecho hincapié en varias sentencias en que la característica específica de las sanciones es su «finalidad represiva, retributiva o de castigo». Así en STC 239/1988 (FJ 2) niega que las multas coercitivas tengan un «verdadero carácter sancionador» o, lo que es lo mismo, que representen «el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado» porque con ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita (...) sino que consiste en una medida de constreñimiento económico». Con el mismo argumento analiza el carácter sancionador de dos recargos tributarios en SsTC 164/1995 y 276/2000, y entiende en el primer caso que el recargo en cuestión no es una sanción «porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo (...) específica de las sanciones» (FJ 4), mientras que en el segundo caso estima, en sentido contrario, que se trata de una sanción al apreciar en él una función de castigo que va más allá del cometido resarcitorio (FFJ 3, 4 y 5). Y, según la STC 48/2003 (FJ 9), «para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (...) Es preciso que, de

de las sanciones, que habrán de suponer un mal, una privación o restricción de derechos para el individuo que las sufre, siendo esta su tercera característica definitoria (42).

Debe insistirse en la efectiva interrelación entre estos tres elementos. Obsérvese, en este sentido, que la última característica mencionada solo define a las sanciones en la medida en que el perjuicio causado al sujeto proceda de una consecuencia jurídica impuesta con la finalidad de castigarle. Pues el hecho de que una consecuencia jurídica suponga una privación o restricción de derechos para el individuo que la sufre, por sí solo, no la convierte en sanción, aunque su contenido material no difiera del que pueda tener una medida sancionadora (43). Ello se aprecia claramente en el caso de la multa, que puede ser una pena, una sanción administrativa o una multa coercitiva sin finalidad sancionadora. Lo mismo pasa con la privación de libertad, que puede ser, al menos, una sanción (pena), una medida cautelar o una medida de seguridad y reinserción social. En ambos casos se trata de instrumentos que desempeñan funciones distintas en el ordenamiento jurídico, aunque su contenido privativo o restrictivo de derechos sea el mismo. Solo la finalidad punitiva que persiguen en algunos supuestos les confiere el carácter de sanción penal o

manera autónoma (...) el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho». Véanse además, en el mismo sentido, SsTC 132/2001 (FJ 3), 100/2003 (FJ 2) y 26/2005 (FJ 5).

(42) Así lo afirma HUERGO LORA (2007), p. 227, nota 337, siguiendo la tesis del TC expuesta en la nota anterior, y p. 228 s.: «una sanción, por su contenido, sólo puede afectar a los intereses del infractor». También GRACIA MARTÍN (2016), pp. 48, 85 ss., donde concreta las características de las sanciones, y su conclusión en p. 114: «solo pueden contemplarse como penas y sanciones aquellas medidas consistentes en una intervención directa e inmediata en el ser físico y espiritual de un sujeto que ha cometido él mismo con su propia conducta un delito o una infracción culpablemente, y que supone para él un mal, una aflicción o un perjuicio»; REBOLLO PUIG (2001), pp. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.: «la sanción consiste siempre en infligir un mal (o en privar de un bien) (...). El sujeto a quien se impone la sanción tiene que sufrir necesariamente un perjuicio en su esfera jurídica para poder hablar de sanción». De ahí se deduciría, según este último autor —con cita de *Casino Rubio*—, el carácter constitutivo y no meramente declarativo de las sanciones, dado que la sanción impone al particular un mal añadido que no se reduce a hacer cumplir la legalidad vigente. Con más detalle, el mismo (2017), pp. 212 ss. Resaltan igualmente el «fin aflictivo de la sanción» GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 186. Véase también STC 48/2003 (FJ 9): «El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente».

(43) Sobre ello, GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 157 s.

administrativa (44). Ya es sabido que algunas consecuencias no sancionadoras pueden causar un perjuicio a su destinatario, pero ello no forma parte de su finalidad, sino que aparece como una consecuencia colateral de su aplicación. En cambio, las sanciones persiguen directamente la causación de un mal (45). Conviene tener en cuenta asimismo que el mayor o menor contenido gravoso de la consecuencia jurídica no sirve tampoco para identificar a las sanciones, pues «es evidente que existen medidas administrativas, como la imposición a un particular, de forma unilateral y ejecutiva, de la obligación de reparar el daño causado o la revocación de un acto favorable por incumplimiento de alguna de sus condiciones (...) que son materialmente mucho más graves que las sanciones en sentido estricto» (46). En definitiva, lo que permite identificar una sanción es su función y no su contenido (47).

En cambio, hay otras características formales y materiales de las consecuencias jurídicas que no son relevantes para determinar si poseen naturaleza sancionadora. Destacan al respecto dos. En primer lugar, el TC ha indicado que para conocer cuál es la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le dé la Administración o le asigne la ley, y ni siquiera la clara voluntad del legislador (48). En segundo lugar, la finalidad disuasoria tampoco define a las sanciones, porque una «cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida

(44) Véanse al respecto REBOLLO PUIG (2001), p. 155 s.; y CANO CAMPOS (2011), p. 105: «no toda privación de un bien o imposición de un mal a un sujeto constituye una sanción, pues también otras medidas (...) no punitivas (...) producen ese perjuicio. El perjuicio es necesario, pero no suficiente. Para que estemos en presencia de un verdadero acto punitivo, de un castigo, el carácter aflictivo de la medida debe configurarse únicamente como reproche o retribución, esto es, como atribución directa de las consecuencias que acarrea la realización de una acción antifijúridica (...)». Por tanto, la única función del mal que se impone es «reprobar, reprochar o retribuir la realización de esa acción».

(45) CANO CAMPOS (2017), p. 213.

(46) HUERGO LORA (2007), pp. 237 s., y pp. 235 s.: «el criterio de distinción, (...) coherente con la noción de “sanción” como castigo o retribución de una conducta ilegal, no está relacionado con la mayor o menor gravedad del mal o consecuencia jurídica desfavorable que se le impone al particular. Es perfectamente posible que un mismo hecho (por ejemplo, la construcción de un edificio ilegal) dé lugar a una sanción (multa) y a una medida de restauración de la legalidad (demolición) que no es una sanción pero cuyas consecuencias económicas pueden ser mucho más graves».

(47) Así HUERGO LORA (2007), p. 233; y GRACIA MARTÍN (2016), p. 90: «la finalidad de una consecuencia jurídica, y en particular la de las penas y sanciones, no puede determinarse exclusivamente por su *contenido*, sino únicamente a partir de los caracteres y de la estructura del *supuesto de hecho* que la fundamenta, de su finalidad y de su función específica», y aclara en el sentido indicado en el texto que estas últimas «podrán condicionar en parte su contenido, pues si se trata por ejemplo de castigar con una pena, esta no podrá consistir lógicamente en una medida que produzca ventajas o provechos al penado».

(48) STC 164/1995 (FJ 4). Así también SsTC 239/1988 (FJ 3) y 276/2000 (FJ 3).

con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción» (49). Por ello debe negarse el carácter sancionador a consecuencias que, aun cumpliendo una función disuasoria o, en general, preventiva, no tienen la finalidad de castigar al autor de la infracción. Es cierto que con la aplicación de la sanción como respuesta a la realización de una infracción culpable se pueden perseguir (y de hecho se persiguen) y desplegar efectos de prevención general o especial (50), pero estos fines y efectos no son útiles por sí solos para definir a las sanciones, pues son compartidos por consecuencias jurídicas que no tienen carácter sancionador (51). Como indica *Cano Campos* (52) «lo característico de las sanciones no es (...) su finalidad preventiva, pues hay muchas medidas administrativas no sancionadoras que también cumplen esa finalidad (...) (53), sino que lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando».

Tomando como base este concepto material de sanción, dedicaré el epígrafe siguiente a analizar si concurren las indicadas características en la expulsión prevista en la legislación administrativa como alternativa a la sanción de multa (art. 57.1 LOEx) o como acumulada a la pena (art. 57.2 y 8 LOEx). Después veremos cómo repercuten las conclusiones que aquí se obtengan en la determinación de la naturaleza jurídica de la expulsión judicial.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

1. La expulsión como alternativa a la multa por la comisión de una infracción administrativa (art. 57.1 LOEx)

El Título III de la LOEx se ocupa, tal y como reza su rúbrica, «de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». Allí, tras

(49) SsTC 164/1995 (FJ 4) y 276/2000 (FJ 4).

(50) Así, REBOLLO PUIG (2001), pp. 156 s.

(51) Véase GRACIA MARTÍN (2016), p. 88, nota 237, y pp. 95 ss., sobre la distinción criminológica entre diversas clases de prevención (primaria, secundaria y terciaria), siendo solo esta última la propia de las sanciones, pues se persigue mediante la imposición de un castigo, y p. 114: «la esencia de (...) toda sanción es el castigo, y por esto el único fin específico y esencial de (...) toda sanción es la *retribución* del sujeto sancionado por el hecho que ha realizado el mismo culpablemente. Los fines de prevención, general y especial, si bien tienen que ser y deber ser objetivos a realizar con (...) toda sanción, no son específicos de estas consecuencias jurídicas ni corresponden a su esencia, sino que son (...) solo objetivos a alcanzar por medio de ellas».

(52) CANO CAMPOS (2011), pp. 106 s.; el mismo (2017), p. 215.

(53) Cita como ejemplos «los recargos tributarios, que constituyen una forma de disuadir a los contribuyentes de que presenten las declaraciones fuera de plazo, o la tasa láctea en el mercado comunitario que busca desincentivar la producción».

describir las distintas infracciones leves, graves y muy graves (arts. 52, 53 y 54, respectivamente) prevé como sanción la multa, con diferentes cuantías en función de la gravedad de la infracción (art. 55). Pero además, de acuerdo con el art. 57.1 LOEx, si quien comete la infracción es un extranjero, y realiza conductas tipificadas como muy graves (las descritas en el art. 54) o incurre en alguna infracción grave de las previstas en las letras a), b), c), d) o f) del art. 53.1, «podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuren la infracción». Después, el art. 57.3 dispone que «en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa».

De acuerdo con esta configuración legal, no hay duda de que la expulsión acordada por la autoridad administrativa conforme al art. 57.1 LOEx cumple los requisitos formales de las sanciones administrativas, pues es impuesta por el órgano competente para sancionar, tras la tramitación del correspondiente expediente sancionador y como consecuencia de hechos tipificados como infracción administrativa. Además, aunque se regula en un precepto diferente al dedicado a las «sanciones» (art. 55), el art. 57 la denomina también expresamente «sanción» en sus apartados 3 y 5. Así las cosas, podríamos decir que dicha modalidad se conforma como una sanción alternativa a la multa en los supuestos que el precepto establece.

Por estas razones, gran parte de la doctrina da por sentada la naturaleza sancionadora de la expulsión (54). Asimismo, la Sala 3.ª del TS ha defendido

(54) Véanse entre otros PEMÁN GAVÍN (2000), pp. 100 s.; DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 873 s.; GARCÍA CATALÁN (2002), 319 s.; BATUECAS (2005), pp. 28 s.; MESTRE DELGADO (2006), p. 1263; SELMA PENALVA (2013), cuyo trabajo se centra en analizar la modalidad de expulsión del art. 57.2 y, concluye, como indicaré *infra*, que no tiene naturaleza sancionadora, pero parte de que los supuestos de expulsión del art. 57.1 sí la tienen (pp. 27, 33 y 34); y GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), p. 218. De la misma opinión LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 210, aunque considera que no es una sanción cuando se aplica a extranjeros en situación irregular (p. 214). VELASCO CABALLERO (2003), pp. 334 ss. también parte de que es una sanción, aunque señala las «paradojas y problemas aplicativos» que dicha calificación genera en algunos casos, como luego veremos. Finalmente ÚBEDA TARAJANO (2018), pp. 1 s., critica que la ley la califique como sanción en todos los casos, pues en su opinión «la persona extranjera que entra legalmente en nuestro país sabe de antemano que su estancia (salvo en los supuestos de residencia permanente) está sometida a plazo temporal, transcurrido el cual está obligada a abandonar España o a instar la renovación de la anterior autorización o una nueva. Trascurrido dicho plazo sin que se cumpla esa obligación de salida voluntaria la Administración podría, en principio, acudir a la expulsión forzosa. En tales supuestos de ejecución forzosa de una obligación de salida, la expulsión no tendría que tener necesariamente naturaleza sancionadora. Si la tiene es porque el legislador (...) ha optado por que lo sea».

esta tesis reiteradamente. Según el TS, en la derogada Ley de extranjería la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción (55). Lo deduce de una interpretación conjunta de sus arts. 26 y 27, donde la expulsión estaba prevista para unos supuestos y la multa para otros, de manera que «los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con la expulsión», tal y como disponía expresamente el art. 27.3 del citado texto legal. Pero, estima el TS, la Ley de 2000 cambia la concepción de la expulsión, configurándola como sanción (56).

Partiendo de esa premisa, durante unos años el TS desarrolló una línea jurisprudencial en materia de expulsión del extranjero que se encuentra ilegalmente en España —art. 53.1 a) LOEx (57)—, el supuesto más frecuente

(55) Así lo había indicado en algunas sentencias. Según la STS de 9 de abril de 1997, la expulsión del territorio nacional de un extranjero por no hallarse legalmente en territorio español —art. 26.1 a) de la antigua Ley de extranjería— «no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España». Así también, para los casos de estancia irregular, SsTS de 14 de diciembre de 1998 y 18 de marzo de 2002: «no constituye una sanción, sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España». Véase también, en el mismo sentido, STS de 20 de diciembre de 2002. Pero esta tesis no la había defendido el TS de manera uniforme. En sentido contrario, por ejemplo, SsTS de 27 de diciembre de 2000; 19 de octubre de 2001; y 4 de mayo de 2004.

(56) Conviene precisar a este respecto que en la redacción inicial de la LO 4/2000 para la estancia irregular —art. 53.1 a)— se establecía únicamente la sanción de multa, al contrario de lo que sucedía en la antigua Ley, donde se preveía como única reacción a la estancia irregular la expulsión. Pero desde la reforma operada por LO 8/2000 la estancia irregular puede conllevar también la expulsión del extranjero. Sobre esta evolución véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 69. En otro orden de cosas, aunque no entraré a valorar aquí si la actual Ley de extranjería ha mutado la naturaleza jurídica de la expulsión, debe hacerse notar lo confuso de la argumentación del TS en su defensa del supuesto cambio —crítico al respecto, con razón, LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 204—.

(57) En virtud del cual constituye una infracción administrativa grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Tras las dudas iniciales sobre los supuestos que debían considerarse incluidos en dicho enunciado, el TS afirma en jurisprudencia constante que el art. 53.1 a) se refiere al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español por unas circunstancias muy concretas: primero, por no haber obtenido la prórroga de estancia, segundo, por carecer de autorización de residencia y, tercero, por tener caducada más de tres de meses esta autorización, siempre que no se hubiese solicitado en plazo su renovación. Deduce el TS que el precepto no contempla el supuesto en que el extranjero ha entrado ilegalmente en territorio español y se encuentra en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días a los que se refiere el art. 30.1 LOEx, de manera que lo procedente en ese caso es decretar la devolución regulada en el art. 58, medida que no conlleva la prohibición de entrada en territorio español desde que la STC 17/2013 declarara inconstitucional dicha previsión, que había sido

en la práctica, a la que conviene hacer referencia (58). En ella el TS indica que la autoridad administrativa puede optar, ciertamente, entre la multa y la expulsión, pero considera que la sanción principal es la multa, mientras que la expulsión «en cuanto sanción más grave y secundaria (...) requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal». Los criterios de graduación de las sanciones previstos en el art. 55.3 habrían de aplicarse también para elegir entre la multa y la expulsión, de manera que «la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción, y, en general (...) cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa». En suma, según el TS la expulsión solo podrá decretarse cuando «en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión». El propio TS ha ido concretando cuáles son esos datos negativos que deben sumarse a la estancia irregular, y señala, entre otros, el no haber intentado regularizar la situación, haber participado en actividades ilegales o carecer de domicilio y de arraigo familiar (59).

incorporada al precepto por la LO 14/2003. No obstante, como en este caso la devolución no se realiza por ninguno de los dos motivos a los que se refiere el art. 58.3, se exige la tramitación de un expediente. Sobre esta interpretación jurisprudencial del art. 53.1 a) véanse, entre otras muchas, SsTS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) de 22 de diciembre de 2005; 30 de noviembre de 2006; 19 de diciembre de 2006; 18 de enero de 2007; 20 de septiembre de 2007; 25 de octubre de 2007 y 20 de diciembre de 2007. Véase una crítica a esta interpretación del TS y al recurso a la devolución en estos supuestos en LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 206 ss.

(58) Véanse, en el sentido que se indica a continuación en el texto, las sentencias citadas en la nota anterior, entre otras muchas.

(59) Así, por ejemplo, considera procedente la expulsión la STS de 19 de diciembre de 2006, porque el extranjero, además de su estancia irregular, había sido detenido por su posible participación en un delito de detenciones ilegales que estaba siendo objeto de instrucción; y también la STS de 25 de octubre de 2007, porque el extranjero no solo se encontraba irregularmente en España, sino que al ser detenido portaba una documentación correspondiente a otra persona que intentó presentar como propia, y ya se le había denegado anteriormente el permiso de residencia. Sobre estos criterios, véanse ÚBEDA TARAJANO (2018), p. 2, y la jurisprudencia allí citada; y RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 70. Por su parte, CUADRADO ZULOAGA (2008), pp. 1678 s., deduce de esta jurisprudencia que la sanción de expulsión debe quedar reservada, por una parte, atendiendo a un criterio subjetivo, a los supuestos en que la culpabilidad del sujeto se manifieste con especial intensidad, así como, en atención a un criterio objetivo, a los casos en que «la acción del infractor tuviera una notable trascendencia para frustrar o poner en peligro la finalidad perseguida por la norma», a saber, que los extranjeros se encuentren en España con la documentación y autorizaciones exigidas.

La jurisprudencia del TS (60) sobre la aplicación de la expulsión a los extranjeros con residencia irregular dio un vuelco tras la conocida sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015. La resolución traía causa de una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco mediante auto de 17 de diciembre de 2013, y en ella determina el citado tribunal que la regulación española en materia de extranjeros en situación irregular, al permitir optar por la multa en lugar de por la expulsión e impedir la aplicación conjunta de ambas consecuencias jurídicas, se opone a lo dispuesto en los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva de retorno), que establecen la obligación de los Estados miembros de expulsar a los nacionales de un tercer país que se encuentren en situación irregular en su territorio, con las excepciones previstas en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva, a las que hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, según el art. 5 del mismo texto. El TJUE argumenta que «ningún precepto de la Directiva ni ninguna disposición del acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo permiten establecer un sistema que en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí», y que la facultad de establecer excepciones por parte de los Estados miembros en el sentido de mantener disposiciones más favorables (art. 4.3) está supeditada a su compatibilidad con la Directiva, compatibilidad que no queda garantizada en el caso español. Finalmente, advierte que una normativa nacional como la nuestra puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de ese modo el efecto útil de la misma (61).

(60) Cabe recordar que hubo unos años de silencio del TS motivado por la LO 19/2003, cuya Disposición Adicional 14.ª modificó la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, otorgando competencias a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para conocer de los asuntos de extranjería. Contra sus resoluciones cabría recurso de apelación ante la sala correspondiente de los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que no fue posible a partir de ese momento el recurso de casación ante el TS. La LO 7/2015 —cuya Disposición Final 3.ª modifica la Ley 29/1998, permitiendo recurrir en casación las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia— posibilitó que este tribunal volviera a pronunciarse en materia de extranjería.

(61) El TJUE se había pronunciado en sentido contrario en dos sentencias anteriores —de 22 de octubre de 2009, Sala Tercera, y de 6 de diciembre de 2012, Sala Primera—, respaldando la aplicación de la multa en casos de estancia irregular sin tener en cuenta la Directiva de retorno. Véase al respecto RODRÍGUEZ CANDELA (2019), p. 71.

Desde entonces el TS ha alegado la necesidad de vinculación de los tribunales nacionales a la doctrina del TJUE en la interpretación del Derecho comunitario y viene afirmando, en contra del criterio que había defendido anteriormente, que en estos supuestos no es posible optar entre la multa y la expulsión, sino que la «sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del art. 53.1 LOEx consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del artículo 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución». Además, considera el TS que «dichos supuestos de excepción (...) no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa» (62).

Por tanto, el TS habilita a la Administración para no aplicar el art. 57, apartados 1 y 3, en el supuesto del art. 53.1 a) LOEx, por considerarlo implícitamente derogado —o, en sus propias palabras, modulado—, y aplicar en su lugar directamente la Directiva de retorno. Ante esta situación, se planteaba la duda de si el modo de proceder del TS era el adecuado o si, por el contrario, iba en contra de la propia doctrina del TJUE, según la cual solo los particulares pueden invocar una directiva que no se ha adaptado al Derecho interno, de lo que se deduce a la inversa que una directiva no puede crear obligaciones a cargo de un particular, ni invocarse en contra de dicho particular (63). Así las cosas, el TSJ de Castilla-La Mancha planteó una cuestión prejudicial sobre el problema ante el TJUE mediante auto de 11 de julio de 2019, que ha sido resuelta en STJUE de 8 de octubre de 2020. En esta sentencia el TJUE recuerda que, en efecto, «las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» y que, por tanto, «si la normativa nacional que es de aplicación (...) en el litigio principal establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular (...) el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo

(62) En este sentido, entre otras, STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 980/2018, de 12 de junio; 1716/2018, de 4 de diciembre; 1818/2018, de 19 de diciembre; 38/2019, de 21 de enero; 63/2019, de 28 de enero; 734/2019, de 30 de mayo; 1117/2019, de 18 de julio; y 1407/2019, de 22 de octubre. Sobre la evolución de esta tendencia jurisprudencial en aplicación de la mencionada sentencia del TJUE por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, véase RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 73 s.

(63) Véanse las críticas a la actuación del TS formuladas por RODRÍGUEZ CANDELA (2019), pp. 76 ss.

dispuesto en ella, adoptar una decisión de retorno (...) y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes». Por tanto, de acuerdo con esta reciente sentencia del TJUE, como la normativa española prevé para el supuesto que nos ocupa o bien una sanción de multa, o bien una expulsión, pero esta solo puede adoptarse si existen «circunstancias agravantes» adicionales, la autoridad administrativa no podrá basarse en la directiva para expulsar al extranjero cuando no concurran dichas circunstancias agravantes. En definitiva, parece que esta resolución (64) augura una vuelta a la doctrina inicial del TS, mientras no se adapte nuestra legislación al contenido de la Directiva de retorno.

El TC también considera que la expulsión regulada en el art. 57.1 LOEx tiene naturaleza sancionadora. De hecho, el Alto Tribunal ya defendía el carácter sancionador de la expulsión contemplada en la Ley del 85 en relación con supuestos equiparables a los descritos en el precepto vigente. Destaca, en este sentido, la STC 24/2000 donde se afirma que la expulsión de un extranjero decretada por la autoridad administrativa, fundamentada en ese caso en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería («estar implicado en actividades contrarias al orden público»), «no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 (...) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión» (65).

Además, en pronunciamientos posteriores el TC ha compartido el criterio mantenido por el TS para los casos en que se expulsa al extranjero que se encuentra en situación irregular en España. Así lo hace en el Auto 409/2007 (FJ 3), en el que inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el art. 57.1 de la LOEx en relación con el art. 53.1 a) LOEx por su posible incompatibilidad con el mandato de taxatividad recogido en art. 25.1 CE. El TC basa su argumentación en la tesis que ya defendió en su sentencia 113/2002, según la cual «la necesidad de que la ley predetermine

(64) Dejo para una mejor ocasión una valoración de esta sentencia. Indicaré solo lo sorprendente que resulta el hecho de que el TJUE haga pasar por «circunstancias agravantes» recogidas en la ley los «elementos negativos» complementarios que el TS exigía para ordenar la expulsión, de acuerdo con la concreción que realiza del principio de proporcionalidad.

(65) Pero, añade el TC en esta sentencia, la autorización para expulsar al extranjero que se encuentra inmerso en un proceso penal (primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de extranjería) no constituye una sanción, por lo que deniega el amparo que se fundamentaba en esta premisa (FJ 3). Sobre ello volveré más adelante, al analizar el art. 57.7 LOEx. Véase también en el sentido de considerar la expulsión una sanción, STC 116/1993 (FJ 3), aunque aquí se expresa de manera más tibia: «con abstracción de su naturaleza jurídica, la decisión administrativa impugnada supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que (...) ha de considerarse como sanción a los efectos del art. 25.1 C.E.».

suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta». En este sentido, entiende que en el precepto cuestionado la ley no concede una carta en blanco a la Administración, sino que recoge criterios suficientes para orientar a la Administración en la imposición y graduación de la sanción de expulsión. En el mismo sentido se manifiesta en STC 212/2009 (FJ 4), en el que resuelve un recurso de amparo presentado contra una resolución administrativa de expulsión y las resoluciones judiciales que la confirmaron en un caso de estancia irregular por la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conectado con el derecho a la familia (art. 39 CE), por no haberse ponderado el arraigo familiar y laboral del extranjero, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. Entiende el TC que «la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el artículo 53.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (66), en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000». Finalmente, se deniega el amparo al no apreciarse en el caso concreto vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y en la STC 145/2011 (FJ 4) se resuelve el recurso de amparo contra una resolución administrativa de expulsión que se presentó alegando, entre otros motivos, la vulneración del derecho a la defensa y el principio acusatorio (art. 24.2 CE) por no haberse notificado al interesado la propuesta de resolución del instructor del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos relevantes, relativos a detenciones anteriores, que inclinaron la balanza a favor de la expulsión. El TC asume la tesis del demandante y le concede el amparo por estimar vulnerado el derecho a la defensa, partiendo en su argumentación de que la expulsión es una sanción en los términos ya vistos en las resoluciones citadas anteriormente (67).

Hasta aquí me he limitado a exponer, primero, que el art. 57.1 LOEx califica la expulsión como sanción y, segundo, que por ese motivo la naturaleza

(66) Correspondiente al art. 29 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público.

(67) En el mismo sentido pueden verse, además, las SsTC 260/2007 y 140/2009.

sancionadora de la expulsión allí regulada no es discutida por una parte de la doctrina administrativista; tampoco la discute la jurisprudencia ordinaria ni la constitucional. Sin embargo, ya hemos visto que en propias palabras del TC la configuración formal de una institución no es un dato decisivo para determinar su naturaleza jurídica. Por tanto, lo que debemos examinar es si en esta modalidad de expulsión concurren los requisitos materiales de las sanciones referidos *supra*. A continuación argumentaré que, en mi opinión, dichos requisitos no están presentes cuando la expulsión es impuesta como consecuencia de la estancia irregular del extranjero, pues ni siquiera es posible identificar —una vez más, materialmente— una infracción previa como supuesto de hecho de la hipotética sanción. Además, entiendo que en el resto de los casos para los que el art. 57.1 LOEx prevé la expulsión tampoco es posible atribuir a la figura naturaleza sancionadora, sino que se trata más bien de un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos, sin finalidad punitiva.

En efecto, donde con mayor claridad se aprecia que la expulsión no tiene carácter sancionador es cuando se aplica como consecuencia de encontrarse el extranjero residiendo irregularmente en nuestro país —art. 53.1 a) LOEx—. Ya sabemos que el Estado, partiendo de que existe un interés en controlar los flujos migratorios, hace uso de su potestad legítima de establecer las condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y permanecer en nuestro país (68). En este sentido, el Capítulo I de la LOEx especifica qué requisitos ha de reunir un extranjero que pretenda entrar en España; asimismo, el Capítulo II de dicho texto legal describe distintas situaciones de estancia y residencia, a la vez que fija el régimen de autorizaciones necesarias para la permanencia en España. Como indica *Velasco Caballero*, la ausencia de dichas condiciones o requisitos, *a priori* o sobrevenida, provoca el nacimiento de un deber de salida que el extranjero puede cumplir voluntariamente; en caso contrario, la Administración ejecuta forzosamente dichos deberes de salida (69). Y así, son formas de ejecución forzosa de previos deberes de salida, en primer lugar, el retorno, aplicable a los extranjeros a quien la Administración ha denegado la entrada por no cumplir los requisitos indicados (arts. 26.2 y 60.1 LOEx); en

(68) Como recuerda la STC 24/2000, FJ 4, entre otras muchas, «los extranjeros solo gozan del Derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (...). Por tanto, es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones (...). Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que (...) no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio».

(69) VELASCO CABALLERO (2003), pp. 311 ss., en particular 315 ss., donde desarrolla su clasificación entre deberes de salida impuestos directamente por la ley y deberes de salida impuestos por la Administración de acuerdo con la ley.

segundo lugar, la devolución, prevista para los que pretenden entrar ilegalmente en el país (art. 58.3 LOEx) (70), aunque el TS la amplía a los casos en los que el extranjero ha entrado ilegalmente sin haber transcurrido noventa días desde la entrada (71); y, en tercer lugar, la expulsión, cuya aplicación puede derivar tanto de un incumplimiento de los requisitos *ab initio* —entrada irregular una vez transcurridos los noventa días durante los cuales, según el TS, es aún posible la devolución— como sobrevenidos —el extranjero entró legalmente, pero ha expirado el tiempo de estancia sin haber solicitado prórroga o autorización de residencia, o estos permisos le han sido denegados—. El problema que se plantea es que las figuras de retorno y devolución no están configuradas legalmente como sanciones (72), mientras que la expulsión sí se califica por la ley como sanción (73). Ahora bien, hay que insistir en que su caracterización formal no afecta a lo que la expulsión es en su esencia, esto es, materialmente.

Para que la expulsión fuera una sanción sería preciso en primer lugar que se impusiera como consecuencia de la realización de un comportamiento ilícito y culpable por parte del extranjero. Pero este requisito básico falta aquí, porque el art. 53.1 a) no tipifica una conducta que suponga la infracción de una norma de determinación, dado que al extranjero no se le ordena —ni, obviamente, se le prohíbe— cumplir con los requisitos necesarios para permanecer en territorio español, sino que simplemente se acuerda su expulsión cuando dejan de concurrir dichos requisitos o ha transcurrido el plazo fijado sin haberlos llegado a cumplir. En realidad, lo que describe el precepto es una *situación objetiva* contraria a los intereses del Estado en gestionar adecuadamente los flujos migratorios que, como ya se ha indicado, conlleva la pérdida automática del extranjero del Derecho a permanecer en territorio español. La ausencia de conducta ilícita alguna que pueda constituir la infracción de una norma de determinación (injusto) se pone de manifiesto meridianamente

(70) Además de para los extranjeros expulsados que contravengan la prohibición de entrada, supuesto que aquí no nos interesa.

(71) Véase nota 57.

(72) Y ello a pesar de que su regulación también se ubica en el Capítulo III de la LOEx. Que la devolución y el retorno no tienen naturaleza sancionadora es opinión prácticamente unánime. Véanse, por todos, DORADO NOGUERAS / RODRÍGUEZ CANDELA (2001), pp. 857 ss.; VELASCO CABALLERO (2003), pp. 312, 321, 330 s.; BATUECAS (2005), pp. 21 ss.; MELÓN MUÑOZ (2007), pp. 97 ss.; y LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 209 s., 211. Cfr., no obstante, respecto a la devolución, GARCÍA CATALÁN (2002), pp. 455 ss. El TC ha negado también la naturaleza sancionadora de la devolución, a la que considera una «medida de restitución de la legalidad conculcada». Con ese argumento, en su sentencia 17/2003 (FJ 12), declaró inconstitucional la prohibición de entrada como efecto de la devolución que la LO 14/2003 había incorporado a la LOEx.

(73) Véase VELASCO CABALLERO (2003), pp. 326, 333 y 334 s., donde indica que esta es una peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, pues ni la legislación alemana ni la francesa consideran la expulsión como una sanción administrativa, sino que la conciben como un acto de gravamen dirigido a la protección de intereses públicos.

en el caso que con más frecuencia determinará la situación que el precepto describe, a saber, aquel en el que el extranjero solicite la prórroga o renovación requeridas, pero esta le sea denegada, por ejemplo, por no contar con medios económicos suficientes para su manutención (74). Pero incluso cuando el extranjero omita solicitar la prórroga, consciente o inconscientemente, la expulsión no se acordará como respuesta a esa omisión con el fin de castigar al extranjero por ella, puesto que, de acuerdo con lo expuesto, no existe ningún mandato previo que el sujeto deba cumplir, sino solo una obligación de solicitar dicha prórroga o renovación si se quiere conservar el derecho a residir en España. Se trata, en definitiva, de una obligación que se mantiene en el plano de las normas de valoración.

Si el art. 53.1 a) LOEx no recoge materialmente una infracción, sino que describe un estado de cosas, la consecuencia de expulsión que allí se establece no puede tener finalidad punitiva alguna, pues no hay injusto culpable que retribuir, ni tampoco representa un mal en sentido jurídico para el extranjero, porque no se le puede privar de un derecho —el de residencia— que legalmente no posee. La finalidad de la expulsión, que comparte con las figuras de devolución y retorno, no es otra que restaurar la legalidad vigente para proteger el interés público en mantener controlada la inmigración. Por eso, la expulsión del extranjero en el supuesto que tratamos posee las mismas características materiales que las medidas de restablecimiento de la legalidad (75). Estas consecuencias jurídicas carecen de naturaleza sancionadora, pues su fundamento, tal y como sucede en el caso de la expulsión, no es un acto ilícito, sino una situación de hecho contraria a la legalidad (76).

(74) Ver art. 40, en relación con el art. 38, y art. 51 del Reglamento de extranjería (RD 557/2011).

(75) En este sentido, HUERGO LORA (2007), p. 354; y el mismo (2010), p. 465, en cuya opinión «la expulsión es la otra cara de la autorización para entrar en territorio nacional y está sometida a algunos requisitos de tipo objetivo o que, en todo caso, no se refieren a conductas ilícitas, como por ejemplo la carencia de medios de subsistencia, por lo que en cierto modo se parece más a una medida de restablecimiento de la legalidad o de protección de los intereses públicos que a una sanción en sentido estricto». Véanse también, de la misma opinión, MELÓN MUÑOZ (2007), p. 79; LORENZO JIMÉNEZ (2009), p. 214, quien critica por esta razón, entre otras, la línea jurisprudencial del TS que da preferencia a la multa sobre la expulsión (pp. 212 ss.); y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 146 s.

(76) En este sentido, indica CANO CAMPOS (2011), p. 101, que en las medidas de restablecimiento de la legalidad «el presupuesto de hecho no es el incumplimiento previo de un deber por quien ha de soportar la fuerza, sino simplemente una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada de inmediato. No hay tanto un ilícito previo cuanto una situación que debe ser suprimida, de modo que la formulación del supuesto de hecho no se hace mediante el establecimiento de mandatos o prohibiciones, sino a través de la descripción de la situación en que se habrá de usar la fuerza». Además, señala HUERGO LORA (2007), p. 249, estas medidas pueden tener un carácter preventivo (por ejemplo, la clausura de una instalación que no cumple las medidas de seguridad contra incendios) o

El hecho de que la LOEx califique de sanción la expulsión prevista para extranjeros en situación irregular provoca que algunas particularidades de su regulación no encajen bien con sus elementos materiales y la función que se deriva de ellos. Téngase en cuenta, en primer lugar, que una de las características de las medidas de restablecimiento de la legalidad es que dichas consecuencias jurídicas deben dejar al particular en la situación inicial, es decir, deben limitarse a restaurar la legalidad vulnerada (77). No sucede eso con la expulsión, pues ya es sabido que esta se acompaña de una prohibición temporal de entrada en nuestro país, a no ser que el extranjero cumpla voluntariamente la orden de expulsión. Ello provoca que los extranjeros que se encuentren en la situación descrita en el art. 53.1 a) LOEx resulten perjudicados en comparación con aquellos a los que se les aplica el retorno o la devolución, al reconducirse la ejecución forzosa del deber de salida en aquel caso al ámbito sancionador (78).

En segundo lugar, la previsión de la multa como alternativa a la expulsión tampoco es coherente con la opinión expresada aquí. Esta multa no puede tener una finalidad punitiva, no solo porque no tiene sentido castigar al extranjero con una multa, ni de ninguna otra forma, por el mero hecho de encontrarse irregularmente en nuestro territorio, sino por la evidencia de que imponer una sanción a quien no ha realizado ninguna conducta ilícita —infracción de una norma de determinación— y respecto de quien, por tanto, no se ha podido formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad supone una flagrante vulneración del principio de culpabilidad (79). Además, la posibilidad de optar por la multa faculta a la Administración a mantener el daño al interés público que la residencia irregular del extranjero representa (80). Ello tampoco se ajusta a la esencia de las medidas de restablecimiento de la legalidad, porque, como dice *Gracia Martín*, «las consecuencias jurídicas no sancionadoras, típicas y

de reparación, es decir, de eliminación de un estado contrario a la ley (demolición de un edificio ilegal), pero no tienen la finalidad de castigar al particular, sino de restaurar el orden jurídico alterado, y por tanto no son sanciones.

(77) Véase HUERGO LORA (2007), p. 249.

(78) En este sentido, VELASCO CABALLERO (2003), p. 329.

(79) La citada multa podría tener algún elemento en común con las multas coercitivas —las cuales tampoco poseen naturaleza sancionadora, como es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia: por todos, HUERGO LORA (2007), pp. 269 ss.; y GRACIA MARTÍN (2020), p. 21, así como la doctrina y jurisprudencia que cita en nota 36—, si se considera que mediante la imposición de la multa se quiere constreñir al extranjero a regularizar su situación, pero tampoco se ajusta *in toto* a esa clase de multa, entre otras razones —véanse ulteriores motivos en VELASCO CABALLERO (2003), p. 326— porque la imposición de una multa coercitiva requiere que el particular esté en condiciones de cumplir la conducta que se le exige, lo que resulta discutible en el supuesto analizado.

(80) Sobre ello, LORENZO JIMÉNEZ (2009), pp. 221 ss., en particular p. 224.

propias del orden de las normas de valoración y distribución (...) tienen que aplicarse necesariamente cuando se han realizado sus supuestos de hecho, porque su fin no es otro que realizar actualmente el deber ser jurídico objetivo en cada situación vital y, por esto mismo, dejar de aplicarlas supondría una renuncia a la realización del Derecho» (81). Ahora bien, en este punto conviene hacer una importante precisión, porque la expulsión, aunque su destinatario sea un extranjero en situación irregular, es un acto de gravamen con una elevada incidencia en la esfera personal del que lo soporta, e incluso puede vulnerar sus derechos fundamentales, por lo que no puede regirse por idénticos parámetros que, por ejemplo, la demolición de una obra ilegal. En el caso de la expulsión resulta obligado establecer excepciones, sacrificando el interés público cuando ello venga exigido por razones humanitarias. Estas excepciones están recogidas en la normativa internacional —v. gr., en la Directiva de retorno (arts. 5 y 6, apartados 2 a 5) (82)—, así como, al menos algunas de ellas, en la propia LOEx (art. 57, apartados 5 y 6) y deben regir para cualquier modalidad de expulsión (83). En cualquier caso, lo dicho no justifica el establecimiento de la multa como alternativa a la expulsión.

El TS ha considerado la multa como consecuencia de aplicación preferente con el argumento de que la expulsión es una «sanción más grave y secundaria». Aunque, por lo que vengo argumentando, no puedo compartir que se trate de una sanción, es cierto que en gran parte de los casos la expulsión resultará para el extranjero mucho más onerosa que una multa, suponiendo que tenga capacidad económica para afrontar el pago. Se da la paradoja entonces de que dejar de considerar la expulsión como sanción y abogar por la desaparición de la multa para los casos de estancia irregular, siguiendo el modelo de la Directiva de retorno, no beneficia al extranjero. Pero, según entiendo, la solución no es etiquetar como sanción una consecuencia jurídica

(81) GRACIA MARTÍN (2016), p. 82, quien señala además que eso no sucede con las sanciones, pues no existe una necesidad absoluta de aplicarlas. Véase también HUERGO LORA (2007), p. 229, quien al señalar las diferencias entre las sanciones y otras medidas que no poseen esa naturaleza indica que es «impensable que las medidas (de restablecimiento de la legalidad) puedan quedar sin efecto por circunstancias subjetivas (como la falta de culpabilidad del sujeto al que se dirigen) pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a (...) intereses públicos», y p. 262: «la Administración debe velar por el cumplimiento de la legalidad en todo caso, pero no siempre es necesario sancionar».

(82) El modelo de la Directiva de retorno se ajusta mejor a la comprensión de la expulsión como una medida de restablecimiento de la legalidad, con las precisiones señaladas en el texto. En este sentido, su Capítulo II tiene como rúbrica «finalización de la situación irregular».

(83) Véase, con respecto a los límites a la expulsión judicial relativos a las circunstancias personales del autor, particularmente su arraigo, y al principio de no devolución, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 128 ss.; sobre el derecho a la vida familiar como límite a la expulsión desde la perspectiva del TEDH, véase BOZA MARTÍNEZ (2006), pp. 25 ss.; solo sobre el arraigo, CAMPOS HELLÍN (2019), pp. 2 ss.

que materialmente no lo es. Si se considera que expulsar a extranjeros en situación irregular —de acuerdo con la descripción que hace de esta situación el Derecho vigente— puede resultar desproporcionado, lo más adecuado es modificar la regulación de las condiciones exigibles para la permanencia en España (84), estableciendo legalmente requisitos adicionales para considerar que la estancia es irregular. Por esa vía quedaría restringida la aplicación de la expulsión manteniendo la coherencia con su naturaleza jurídica.

El hecho de que la expulsión se perciba, con razón, como una medida de considerable contenido gravoso es lo que puede explicar, aunque no justificar, la postura del TC. En efecto, parece contradictorio que por un parte el TC insista en la «improcedencia de extender indebidamente la idea de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos», y analice por ese motivo meticulosamente si las consecuencias jurídicas sobre las que tiene ocasión de pronunciarse tienen carácter sancionador, dado que según su criterio únicamente en este caso resultarán de aplicación las garantías materiales y procesales recogidas en los arts. 24 y 25 CE (85), pero por otra parte no realice este minucioso examen en el caso de la expulsión, dando por sentado que se trata de una sanción administrativa (86). Con este modo de proceder incurre el TC en el error que pretende evitar, porque extiende el concepto de sanción para que sea capaz de abarcar la expulsión con el fin de aplicarle los principios especialmente garantistas del Derecho sancionador, y lo hace con base en el criterio de la gravedad. Como indica *Huergo Lora* (87), esta vía resulta insatisfactoria, porque aplica principios del Derecho sancionador a consecuencias que nada tienen que ver con una finalidad punitiva.

Conviene tener presente al respecto que la aplicación de las consecuencias jurídicas no sancionadoras no se encuentra en absoluto desprovista de garantías. *Gracia Martín* (88) recuerda acertadamente que muchas garantías del Derecho sancionador no son monopolio de este, «pues se trata de garantías básicas y comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, y por lo tanto también aplicables a los no sancionadores», y cita como ejemplos los principios de legalidad, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de

(84) Porque una cosa es que la expulsión sea una medida de restablecimiento de la legalidad y otra muy distinta que la legalidad que se pretende restablecer sea justa.

(85) Así STC 276/2000 (FJ 3), con cita, en el mismo sentido, de las SsTC 239/1988 (FJ 2); 164/1995 (FJ 4); y ATC 323/1996 (FJ 3).

(86) Sobre esta contradicción advierte HUERGO LORA (2007), p. 353; y el mismo (2010), p. 464.

(87) HUERGO LORA (2007), p. 238 s.

(88) GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

derechos y, en particular, los de necesidad y proporcionalidad. En definitiva, señala *Huergo* y comparte *Gracia*, debe distinguirse entre los principios y garantías del Derecho sancionador «que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen» (89). El hecho de que una medida no sancionadora sea más gravosa que una sanción puede tenerse en cuenta aplicando en su imposición una serie de garantías de carácter procedimental que no son inherentes al concepto de sanción, sino que derivan de la gravedad de la medida (90). En cambio, lo que no tiene sentido es aplicar a consecuencias jurídicas no sancionadoras principios que son exclusivos de las medidas de naturaleza punitiva, como el principio de culpabilidad (91).

Volvamos al art. 57.1 LOEx. Hasta ahora he tratado de argumentar la ausencia de naturaleza sancionadora en una expulsión impuesta como consecuencia de la situación descrita en el art. 53.1 a). Aunque este es el supuesto que con mayor frecuencia da lugar a la expulsión, no hay que olvidar que esta se encuentra prevista también como consecuencia jurídica alternativa a la multa en relación con todas las infracciones administrativas muy graves tipificadas en el art. 54 LOEx así como respecto a las infracciones graves descritas en las letras b), c), d) y f) del art. 53.1, a las que hay que añadir las infracciones muy graves y graves previstas en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (92) cuando sean cometidas por extranjeros (93). Por

(89) HUERGO LORA (2007), p. 239; GRACIA MARTÍN (2016-2), p. 160.

(90) Así, HUERGO LORA (2007), p. 362; y, el mismo (2010), p. 465, en relación con la expulsión: «el hecho de que la expulsión no constituya (...) una sanción administrativa, no significa que pueda aplicarse de plano o sin que la Administración acredite sus requisitos. Estas garantías procedimentales no están ligadas al concepto de sanción y por ello deben aplicarse también a otras medidas basadas en una valoración de la conducta, aunque no sean sanciones».

(91) En este sentido, HUERGO LORA (2007), pp. 236, 360, 362. Por lo demás, en el caso de la expulsión ordenada a extranjeros «por encontrarse irregularmente en territorio español» resulta absurdo plantearse siquiera la aplicación del principio de culpabilidad a esta supuesta sanción pues, como vengo afirmando, ni siquiera existe un injusto personal que reprochar.

(92) Las remisiones a la LO 1/1992 hay que entenderlas referidas ahora a la LO 4/2015.

(93) En estas infracciones pueden incurrir todos los extranjeros, con independencia de cuál sea su situación administrativa. Si se encuentran irregularmente en territorio español se habrá realizado, además, el supuesto de hecho del art. 53.1 a) LOEx. En la práctica se recurre a este último precepto para calificar estos casos porque, como hemos visto, el TS ha considerado la participación del extranjero en actividades ilegales como un elemento negativo añadido a su situación administrativa que inclinaría la balanza hacia la expulsión. Por esa

razones evidentes no puedo detenerme aquí a analizar los elementos típicos de todas estas infracciones administrativas (94), sino que me limitaré a dar mi opinión sobre la naturaleza jurídica de la expulsión que puede ser aplicada a los extranjeros que las cometan, partiendo de que en todos estos casos concurre —aquí sí— un injusto personal que, cuando sea además culpable, configurará el supuesto de hecho de una sanción.

Podría pensarse que si la ley establece para los casos en que se comete una infracción administrativa dos consecuencias jurídicas entre las que el órgano sancionador tiene que elegir una, las dos han de tener naturaleza sancionadora. Ello sucede en relación con los delitos, donde se prevén con frecuencia dos o más penas alternativas que afectan a diferentes derechos o bienes del penado —en el caso más frecuente, privación de libertad o multa—, para que el juez opte por una de ellas. Su naturaleza de pena en ese caso es innegable, porque todas ellas tienen como supuesto de hecho el delito y su razón de ser es castigar a quien lo cometió, con el fin de reafirmar el ordenamiento jurídico y prevenir futuras infracciones penales. Lo que sucede es que la ley permite al juez escoger la que le parezca más adecuada para cumplir con esas funciones en el caso concreto. Pero no es esto lo que acontece, a mi modo de ver, en el supuesto que estudiamos. Se puede comenzar objetando al legislador lo inadecuado de querer configurar como sanción una consecuencia jurídica que no admite graduación, con lo que resulta imposible ajustarla a la distinta gravedad de las infracciones para las que se prevé, así como a la mayor o menor culpabilidad de su autor (95). Y precisamente este dato nos ofrece la pista acerca del auténtico fundamento y la verdadera finalidad de la expulsión.

En efecto, según entiendo, cuando se cometen dichas infracciones administrativas la consecuencia jurídica que tiene naturaleza sancionadora es la multa, porque su supuesto de hecho es la conducta socialmente dañosa, que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, y su finalidad es castigar de manera

razón la jurisprudencia sobre la expulsión dictada en relación con estas infracciones es mucho menos numerosa. Sirva como ejemplo la STS (Sala 3.ª, sec. 3.ª) 2389/2016, de 8 de noviembre, en la que se confirma la procedencia de la expulsión por pertenecer el extranjero a un grupo de ideología yihadista. Aunque en el ámbito penal se había decretado el sobreseimiento provisional de las actuaciones, por considerar que no había motivos para imputarle el delito de asociación ilícita, se entendió que existían datos suficientes para apreciar la existencia de una conducta «que por su propia naturaleza puede ser extremadamente grave para la seguridad nacional», pues pertenece a un grupo que «va dirigido y orientado al adoctrinamiento y captación de personas en el ámbito de una ideología en la que es notoria su patrocinio de la generación de actos violentos y de carácter terrorista».

(94) Véanse, por todos, GARCÍA CATALÁN (2002), 51 ss.; y PALOMAR OLMEDA (2010), pp. 561 ss.

(95) Sobre ello, véase PALOMAR OLMEDA (2010), p. 589 s.

proporcionada a quien la llevó a cabo. Sin embargo, el hecho de que se permita a la autoridad administrativa optar por la expulsión cuando quien realice los hechos, con independencia de su gravedad, sea un extranjero nos indica que el fundamento de esta medida tiene que ser otro y, por cierto, el mismo que en los casos en que la expulsión se prevé como consecuencia jurídica del delito, como veremos más adelante. El fundamento o supuesto de hecho de la expulsión es una presunta peligrosidad del sujeto deducida de la realización del hecho antijurídico. La infracción administrativa constituye el requisito previo o presupuesto necesario de la expulsión, pero no forma parte de su supuesto de hecho (96), sino que su valor es el de un síntoma revelador de la peligrosidad: al haber cometido el extranjero una infracción administrativa se considera probable o posible que vuelva a realizar en el futuro actos antijurídicos (97). Según lo expuesto, la expulsión no tiene como finalidad castigar al extranjero por su comportamiento pasado, sino neutralizar su hipotética peligrosidad —prevenir hechos futuros—. Se trata, por tanto, de una medida asegurativa, de protección de bienes jurídicos (98).

Desde esta perspectiva se ha de concluir que cuando un extranjero comete alguna de las infracciones administrativas citadas la Administración tiene dos opciones: castigar al extranjero o renunciar a la sanción y aplicar en su lugar una medida de carácter asegurativo. A esta última solo se debería recurrir excepcionalmente, teniendo en cuenta que la peligrosidad personal que le sirve de fundamento no ha sido constatada mediante un diagnóstico y una prognosis, y es muy discutible que la comisión de una infracción administrativa pueda considerarse un indicio relevante. Además, salta a la vista que la expulsión resultará casi siempre más onerosa que la multa. Obsérvese que su destinatario puede serlo un extranjero en situación administrativa regular, incluso con estatus

(96) Sobre la distinción entre el delito como presupuesto necesario para la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas y el supuesto de hecho o fundamento de las mismas, véase GRACIA MARTÍN (2016-2), pp. 204 ss., 208 ss., en relación con las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP —sin naturaleza penal porque el supuesto de hecho carece de tal naturaleza, y sin carácter sancionador, aunque el hecho antijurídico delictivo sea un presupuesto necesario de su aplicación—. Respecto a las medidas de seguridad y reinserción social (arts. 95 y siguientes del Código penal) —de naturaleza penal pero no sancionatoria, porque el supuesto de hecho es la peligrosidad criminal del sujeto, pero no el delito, que es el requisito previo que revela dicha peligrosidad—, véase GRACIA MARTÍN (2006), p. 451, 457 ss.

(97) Véanse similares consideraciones en relación con la expulsión judicial (por haber delinquido, se presume, con una presunción *ius et de iure*, que el inmigrante volverá a delinquir) VIEIRA DA COSTA (2010), pp. 153 s., aunque, a diferencia de lo que definiendo en el texto, afirma más adelante que en su opinión se trata de una verdadera sanción penal (p. 156).

(98) La fundamentación de la expulsión del extranjero en la protección del orden público o de la seguridad pública basada, a su vez, en la tesis de que el extranjero no tiene derecho a residir en España si no cumple con las condiciones que la ley establezca, es una constante en el TC, como veremos en el subepígrafe siguiente.

de residente de larga duración, por lo que la expulsión probablemente tenga importantes repercusiones en su vida familiar. Será preciso, en consecuencia, ponderar meticulosamente su necesidad en el caso concreto, y descartarla cuando concurra algunas de las circunstancias descritas en los apartados 5 y 6 del art. 57 LOEx. Asimismo, y por supuesto, su aplicación debe estar rodeada de estrictas garantías procedimentales.

2. La expulsión por contar el extranjero con antecedentes penales derivados de la condena por determinados delitos dolosos (art. 57.2 LOEx)

De acuerdo con el art. 57.2 LOEx «asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados» (99). Prevé aquí la LOEx un confuso supuesto de expulsión que se solapa en gran medida con la expulsión judicial ex art. 89 CP, así como con otras vías de expulsión administrativa. Conviene comenzar, por tanto, con una referencia al ámbito de aplicación del precepto, para tratar después la cuestión de la naturaleza jurídica de la expulsión aquí regulada.

La expulsión administrativa prevista en el art. 57.2 LOEx tiene lugar cuando un extranjero que reside en España de manera regular o irregular ha sido condenado por un juez o tribunal español o extranjero (100) y no han sido cancelados aún los antecedentes penales. Si la condena ha sido dictada en nuestro país, habrá pasado por el filtro del art. 89 CP, por lo que esta modalidad de expulsión solo podrá operar con posterioridad a la ejecución de la condena, en los casos en que el extranjero no haya sido expulsado

(99) El precedente de este precepto se encuentra en el art. 26.1 d) de la antigua Ley de extranjería, con una redacción prácticamente idéntica. Esta causa de expulsión desapareció con la entrada en vigor de la LO 4/2000, pero fue reintroducida en la reforma operada por LO 8/2000. Sobre esta evolución, véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 41 s.; y GARCÍA ESPAÑA (2016), pp. 5 ss.

(100) Si el extranjero está siendo investigado por un delito sancionado con la pena referida en el art. 57.2 LOEx no es posible acudir a esta modalidad de expulsión. Ahora bien, la expulsión puede tener lugar antes de la condena si, además de estar siendo investigado por un delito, se ha incoado un expediente con cobertura en el art. 57.1 LOEx —en el supuesto más frecuente, por tratarse de un extranjero con residencia irregular— en cuyo caso se requiere autorización judicial para la expulsión, conforme a lo establecido en el apartado 7 de este mismo precepto. Considera GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, que la aplicación del art. 57.2 LOEx queda limitada en el caso de que la situación administrativa del extranjero sea irregular, pues desde que se conoce la comisión del delito hasta que recae la condena hay tiempo suficiente para instruir el procedimiento de expulsión y solicitar la autorización judicial.

judicialmente (101). Al tratarse de una modalidad subsidiaria de la expulsión judicial, las variaciones en el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del art. 89 CP modifican las situaciones que permiten recurrir al art. 57.2 LOEx. Esto es lo que ha sucedido con la reforma del art. 89 CP operada por LO 1/2015, que ha ampliado las posibilidades de sustitución de la pena de prisión por la expulsión a costa del régimen administrativo (102). En efecto, antes de la reforma, los condenados con residencia legal en nuestro país quedaban fuera del art. 89 CP y debían por tanto cumplir la pena impuesta, pero era posible expulsarles luego por aplicación del referido precepto (103). En cambio, ahora también es posible sustituir la pena por la expulsión en el caso de residentes legales. Por otra parte, tampoco era posible antes de la reforma recurrir al mecanismo de sustitución en las condenas a penas de prisión superiores a seis años, pero quedaba expedita la vía administrativa de expulsión posterior al cumplimiento de la pena. Actualmente, el art. 89.2 CP permite la sustitución de penas de esa duración por la expulsión, aunque debe cumplirse antes parte de la pena. La sustitución puede tener lugar en esos casos si el penado extranjero accede al tercer grado o se le concede la libertad condicional, por lo que ya no habrá lugar para que entre en aplicación el art. 57.2 LOEx.

Cuestión distinta es la mención novedosa a un límite mínimo de la pena susceptible de ser sustituida por la expulsión. El legislador de 2015 confiesa en el

(101) Al respecto, véanse solo HERNÁNDEZ OLIVEROS (2019), pp. 17 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 14; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 134. No obstante, debido a la confusa redacción del precepto, se ha defendido minoritariamente que la expulsión puede ser acordada también antes de que la condena sea ejecutada, como en el caso de la expulsión judicial prevista en el art. 89 CP. En este sentido, MUÑOZ LORENTE (2004), p. 414. Crítica con esta opinión, entiendo que con razón, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 132-134. Se plantea la cuestión, con dudas al respecto, SELMA PENALVA (2013), pp. 52-54. En cualquier caso, no se requiere necesariamente para aplicar este precepto que el sujeto haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, sino que la expulsión podrá llevarse a cabo aunque se haya suspendido la ejecución de dicha pena (arts. 80 y siguientes CP), una vez transcurrido el plazo de suspensión y remitida la pena (art. 87 CP). Sobre ello, GARCÍA CATALÁN (2002), p. 326; y SELMA PENALVA (2013), pp. 23 s.

(102) Sobre las posibilidades de aplicar el precepto antes de la reforma, mucho más numerosas que las actuales, véase SELMA PENALVA (2013), pp. 51 s. Sobre su aplicación en la práctica desde 2006 hasta 2017 véase NISTAL BURÓN (2018), p. 55.

(103) La doctrina había denunciado la diferencia de trato entre residentes regulares e irregulares que se generaba, pues a los extranjeros sin residencia legal se les podía sustituir la pena por la expulsión, mientras que el extranjero en situación regular debía cumplir la pena primero y podía ser expulsado posteriormente —al respecto, RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 15—. Esta puede haber sido una de las razones del cambio en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 89 CP. Como motivo adicional o quizá principal, el legislador parece haber querido ajustar la normativa penal a la administrativa, al advertir que la legislación administrativa en materia de extranjería permite también, en este y otros supuestos, la expulsión de extranjeros con residencia legal por razones de defensa del orden público.

preámbulo de la citada Ley Orgánica haber querido «ajustar» el límite de pena a partir del cual se puede acordar la expulsión a la regulación administrativa de extranjería; pero lo cierto es que dicho ajuste no pasa de ser aproximado, porque la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es una referencia a la pena abstracta, de acuerdo con el criterio jurisprudencial consolidado (104), mientras que las penas de prisión de más de un año a las que alude el art. 89 CP son las concretas penas impuestas en sentencia (105). Y así, habrá supuestos en los que la expulsión judicial no podrá decretarse, por haber sido condenado el sujeto a una pena de prisión que no supere el año, pero sí sea posible la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena (106) si el delito estaba castigado con una pena abstracta superior al año tanto en su límite mínimo como máximo —supongamos que el delito quedó en grado de tentativa, lo que dio lugar a uno o varios descensos de la pena en grado—.

En definitiva, desde la entrada en vigor de la LO 1/2015 los casos en los que puede acordarse la expulsión a través del art. 57.2 LOEx —siempre que no se trate de extranjeros comunitarios— por no haberse sustituido la pena de prisión por la expulsión ex art. 89 CP se reducen a dos: en primer lugar, sujetos condenados a una pena de prisión no superior a un año, siempre que

(104) Aunque el tenor literal del precepto parece claro al respecto —en este sentido, BATUECAS (2005), p. 43; SELMA PENAIVA (2013), p. 23; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 133—, los Tribunales Superiores de Justicia no habían mantenido un criterio uniforme sobre el particular: así, por ejemplo, el criterio de la pena abstracta había sido defendido en STSJ de Madrid, sec. 3.º, 218/2016, de 8 de junio; STSJ de Baleares, sec. 1.º, 383/2016, de 22 de junio; STSJ del País Vasco, sec. 3.º, 350/2016, de 22 de julio; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 2.º, 1093/2016, de 13 de octubre; y STSJ de Navarra, sec. 1.º, 69/2018, de 26 de febrero. En cambio, han mantenido el criterio de la pena concreta, entre otras, las siguientes: STSJ de Madrid, sec. 6.º, 188/2016, de 4 de abril; STSJ de Andalucía (Sevilla), sec. 4.º, 1175/2016, de 23 de diciembre; y STSJ de Madrid, sec. 2.º, 420/2017, de 6 de junio. Finalmente, el TS en su sentencia 893/2018, de 31 de mayo, sentó el criterio de la pena abstracta, puntualizando que la aplicación del referido supuesto de expulsión requiere que la pena privativa de libertad prevista para el delito de que se trate sea superior al año tanto en su límite mínimo como en su límite máximo. Desde esta sentencia el TS ha mantenido este criterio en sentencias posteriores, como por ejemplo en SsTS (Sala 3.º, sec. 5.º) 962/2018, de 11 de junio y 1135/2018, de 3 de julio.

(105) Carece de relevancia, en cambio, el hecho de que el precepto de la LOEx se refiera en general a las «penas privativas de libertad» y el art. 89 CP solo a las penas de prisión. En efecto, la pena de localización permanente no alcanza el requisito de duración establecido en el art. 57.2 LOEx; y la responsabilidad personal subsidiaria tampoco podrá dar lugar a la aplicación del precepto, puesto que no es una pena abstracta —en el sentido de originaria—. Sobre ello, BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 351.

(106) A no ser que otras razones lo impidan, porque como veremos son de aplicación al art. 57.2 LOEx los límites a la expulsión previstos en los apartados 5 y 6 del mismo precepto.

la pena abstracta supere ese límite en todos sus extremos (107); y en segundo lugar, situaciones en las que se acuerde la ejecución total de la pena, de acuerdo con el art. 89.2 CP, en las que el sujeto no sea clasificado en tercer grado ni se le conceda la libertad condicional (108). El resto de los supuestos que imposibilitan la expulsión judicial no abren la puerta a la expulsión administrativa que tratamos en este apartado: por un lado, si la razón por la que no se expulsa al extranjero en virtud del 89 CP es porque posee arraigo en España, esa misma circunstancia impide la aplicación del art. 57.2 LOEx, como enseguida veremos (109); por otro lado, cuando no se ha podido sustituir la pena por la expulsión por haber cometido el extranjero alguno de los delitos enumerados en el art. 89.9 CP, la expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena tiene lugar conforme al art. 57.8 LOEx, al que también me referiré después (110).

Hay que tener en cuenta asimismo que la LOEx mantiene abiertos otros caminos para la expulsión de condenados con antecedentes penales. Si el extranjero está pendiente de una autorización de residencia temporal no podrá obtenerla porque se lo impedirá el art. 31.5 LOEx. Además, los antecedentes penales son objeto de valoración —aunque en este caso no suponen un factor impeditivo *per se*— cuando se trata de decidir sobre las renovaciones de dicha autorización, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.7 LOEx. Si se deniega la autorización de residencia temporal o no se renueva por este motivo, el extranjero se encuentra en la situación descrita en el art. 53.1 a), por lo que se le puede expulsar aplicando el art. 57.1 LOEx (111). Siendo así, cuando el

(107) Ninguno de los dos preceptos podrá aplicarse si el extranjero ha sido condenado a una pena de prisión que no supere el año y la pena abstracta no supera ese límite en sus dos extremos, ni tampoco cuando haya sido condenado a una pena de otra naturaleza. Solo si se abre un procedimiento de expulsión por otro motivo (art. 57.1 LOEx) podrá tener lugar la expulsión después de la condena. Así, por ejemplo, si un extranjero irregular es condenado a una pena de multa, deberá cumplirla, pero podrá instruirse luego expediente de expulsión —arts. 53.1 a) y 57.1) LOEx—.

(108) Para una ampliación sobre este supuesto véase GONZÁLEZ TASCÓN (2016), pp. 173-175.

(109) Como indica BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 353 s., resulta ilógico que tras un pronunciamiento judicial contrario a la expulsión por considerarla desproporcionada pueda resolver posteriormente un órgano administrativo en sentido contrario.

(110) Si el extranjero residente en España posee antecedentes penales vigentes por una condena dictada en el extranjero podrá ser expulsado de acuerdo con el art. 57.2 LOEx si se dan sus requisitos. Obviamente, en este caso el recurso a dicho precepto es directo.

(111) Sobre ello véase LARRAURI (2016), pp. 6 ss., 16. Obsérvese que el art. 31 LOEx hace referencia a los antecedentes penales de un modo genérico, sin especificar cuál fue la condena que los motivó, y ni siquiera aclara que dichos antecedentes no han de tenerse en cuenta si han sido cancelados. Ello es criticado con acierto por *Larrauri*, pues si la razón de ser de dicho requisito, según afirma el TC, es «garantizar el orden público» —así, ATC

extranjero se encuentre en la situación descrita en el art. 57.2 LOEx y a la vez no pueda obtener o renovar la autorización de residencia temporal se dará un concurso de leyes entre los dos apartados del art. 57 LOEx (112). Teniendo en cuenta, además, que cuando el motivo de la irregularidad de la residencia se fundamente en otra circunstancia distinta a la de poseer antecedentes penales también cabe la expulsión a través del art. 57.1 LOEx, parece que el ámbito de aplicación específico del art. 57.2 LOEx —en el sentido de que no se solapa con el apartado 1— queda limitado a la expulsión de extranjeros que residen legalmente en España y en situación de residencia de larga duración, cuando ya no necesitan renovar autorización de residencia alguna, con la paradoja de que los residentes de larga duración gozan de una protección reforzada frente a la expulsión —art. 57.5 b) LOEx, de acuerdo con el art. 12 de la Directiva 2003/109—.

Perfilado así el ámbito de aplicación del precepto —muy escaso ahora, como se ha podido apreciar— es momento de ocuparse de la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en él. La doctrina penal critica unánimemente esta modalidad de expulsión, y utiliza para ello como argumento principal que su aplicación posterior a la pena plantea dudas de constitucionalidad por la posible conculcación del principio *ne bis in idem* (113). De esta opinión se deduce, aunque a veces falte una manifestación expresa al respecto, que la expulsión fundada en el art. 57.2 LOEx es considerada una sanción— pues es evidente que el mencionado principio, en su vertiente material, prohíbe solo la acumulación de sanciones, y no que se añada una consecuencia no sancionadora a una sanción—, impuesta al mismo sujeto por unos mismos

54/2010 (FJ 4)— es muy discutible que la condena por un delito de escasa gravedad o cometido hace mucho tiempo pueda justificar la denegación del derecho a residir en España por ese motivo. En este sentido, véase ASÚA BATARRITA (2002), pp. 43 s., quien propone que se apliquen por analogía los criterios de expulsión que rigen para los extranjeros comunitarios (actualmente es de aplicación el RD 240/2007, de 16 de febrero). De acuerdo con dichos criterios, la expulsión solo será posible cuando existan «graves motivos de orden público o seguridad pública» y, además, «la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola» motivo para la expulsión (art. 15). La autora sugiere además (p. 42) que el art. 31 LOEx se interprete en el sentido de que solamente sean tenidos en cuenta a dichos efectos los antecedentes penales que reúnan las características del art. 57.2 LOEx —al respecto véanse también GARCÍA ARÁN (2011), p. 738; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 141—.

(112) Por eso estima ASÚA BATARRITA (2002), p. 42, que el art. 57.2 LOEx es redundante. De la misma opinión, MONCLÚS MASÓ (2008), p. 421.

(113) Así, RODRÍGUEZ CANDELA (1998), p. 63, nota 88; ASÚA BATARRITA (2002), p. 38; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 415; NAVARRO CARDOSO (2004), p. 14; PÉREZ CEPEDA (2004), p. 338; BATUECAS (2005), p. 43; BAUCÉLLS I LLADÓS (2005), p. 60; RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 267 s.; SOUTO GARCÍA (2007), p. 304; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 420, 422; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; BRANDARIZ GARCÍA (2011), pp. 221 s.; RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 16.; LARRAURI (2016), p. 13; y BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 351 s.

hechos y con el mismo fundamento que la pena. En mi opinión, entre las objeciones que cabe plantear al art. 57.2 LOEx no se encuentra la infracción del mencionado principio, porque la expulsión allí prevista no posee tampoco naturaleza sancionadora.

Una vez más, resulta esencial determinar cuál es el fundamento, el supuesto de hecho, de esta consecuencia jurídica. De entrada, debe descartarse que se trate de una consecuencia penal del delito por el que el extranjero fue condenado, lo que sería lo mismo que decir que la infracción penal constituye aquí el supuesto de hecho de la expulsión. La consecuencia jurídico-penal del delito es la pena que le impuso el órgano judicial en la correspondiente sentencia condenatoria. Por tanto, en este caso, el delito representa solo el requisito previo o presupuesto para que pueda aplicarse el art. 57.2 LOEx (114). Sobre ello no hace falta insistir más.

Pero tampoco puede considerarse una sanción administrativa, por la sencilla razón de que no se identifica la infracción a la que se anudaría la expulsión como consecuencia jurídica (115). En primer lugar, cabe recordar que para tramitar el expediente de expulsión al que se refiere el art. 57.2 LOEx no hace falta que el extranjero resida de manera irregular en nuestro país o haya incurrido en alguna de las restantes infracciones graves o muy graves que permiten optar por la expulsión en virtud del apartado 1 del art. 57 (116). Es más, si se diera alguna de estas circunstancias, lo procedente sería aplicar lo establecido en el art. 57.1 en los términos que vimos en el epígrafe anterior. Por tanto, el art. 57.2 se refiere a una «causa de expulsión» independiente, que opera por sí sola, y sin que se prevea como alternativa a una multa. En segundo lugar, el hecho de haber sido condenado el sujeto por un delito doloso castigado con una pena determinada no es tampoco una infracción administrativa (117),

(114) Véase CHAMORRO GONZÁLEZ (2018), p. 4.

(115) Al respecto, VELASCO CABALLERO (2003), p. 336.

(116) Se plantea la cuestión y la resuelve en sentido negativo, apelando a la jurisprudencia reciente, SELMA PENALVA (2013), pp. 26, 33, 56, con cita en p. 26, nota 35, de autores que indican que por esa razón el expediente que se tramita «no merece la condición de sancionador, sino de pura verificación». Véase también TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 132. Plantea una interpretación distinta GONZÁLEZ TASCÓN (2014), p. 75.

(117) Por el contrario, defiende esta opinión el magistrado D. Rafael Fernández Valverde en uno de los votos particulares que acompañan a la STS 893/2018, de 31 de mayo. En esta sentencia, ya citada *supra*, el TS defendió que la pena a la que se refiere el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En opinión del magistrado que formula voto particular debería haberse adoptado el criterio de la pena concreta, y argumenta en defensa de su tesis que el art. 57.2 LOEx describe una infracción administrativa sancionada exclusivamente con la expulsión del extranjero y que por ello «no existe diferencia de trato —ni de naturaleza— entre la “sanción de expulsión” contemplada en el apartado 1, y la “causa de expulsión” del apartado 2 del artículo 57 LOEx. La apelación semántica a los conceptos de “causa” o “medida”, en relación con la expulsión, carece de consistencia suficiente para desvirtuar la auténtica naturaleza de

pero no solo porque no esté descrita como tal en los artículos de la LOEx que tipifican las infracciones, sino porque materialmente no puede serlo (118). En realidad, el precepto que tratamos no describe una conducta que infrinja una norma de determinación, sino una situación fáctica —haber sido condenado por una conducta dolosa— que constituye la «causa» de la expulsión.

Un examen de la doctrina del TC permite extraer importantes conclusiones sobre el fundamento de la expulsión en el supuesto analizado. Destaca a este respecto la STC 236/2007 (FJ 14), en la que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000 de reforma de la LOEx, entre los que se cuenta el art. 57.2 LOEx, alegando infracción del principio *non bis in idem*. El TC rechaza expresamente entrar a valorar si la expulsión establecida en el precepto impugnado constituye o no una sanción, pero niega la pretendida vulneración del citado principio por falta de identidad entre el fundamento de la pena y el de la expulsión. Para ello el TC se basa en el argumento, ya expresado en pronunciamientos anteriores (119), de que ambas consecuencias se orientan a la protección de intereses distintos, pues «la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería (...). Es decir, (...) el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería (...) relacionados con el control de los flujos migratorios». Añade que la expulsión es «una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España (...) De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las “legalmente establecidas o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España” (art. 26.1)». En cuanto a la normativa europea destaca el

«sanción» —o al menos de “medida restrictiva de derechos individuales”— con las consecuencias de ello derivadas». El magistrado D. José Juan Suay Rincón formula un segundo voto particular a la sentencia mayoritaria. En él coincide con el criterio expresado en el otro voto, en el sentido de que debería tenerse en cuenta para acordar la expulsión la pena concreta impuesta, pero discrepa de fundamentar dicha tesis en atribuir naturaleza sancionadora a la expulsión. A su modo de ver, la expulsión constituye una «consecuencia accesoria» a una sanción. Comparte esta última opinión MESTRE DELGADO (2006), p. 1264: la expulsión no es una sanción, sino una «consecuencia añadida a la condena penal».

(118) De otra opinión GARCÍA CATALÁN (2002), p. 327, quien defiende que debería introducirse como infracción administrativa.

(119) SsTC 234/1991 (FJ 2) y 242/1994 (F J 4), así como ATC 331/1997 (F J 6).

TC la «relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública” (art. 6)», así como la referida al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), que «contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año” (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad».

En consecuencia, aunque no lo manifieste de manera explícita, el TC no reconoce naturaleza aflictiva a esta modalidad de expulsión, y por tanto no la considera una sanción de acuerdo con su propia doctrina, sino que ve en ella un instrumento de política de extranjería vinculado con los requisitos y condiciones que han de cumplir los extranjeros para entrar y residir en nuestro país. A su vez, estos requisitos y condiciones se basarían en razones de protección del orden público o de la seguridad pública, en la línea de lo indicado en la normativa europea (120). De ahí se deduce que el fundamento de la expulsión es la amenaza que representa para dichos (difusos) intereses la permanencia en España de extranjeros que han sido condenados por delitos de cierta entidad (121). En

(120) Como indica SELMA PENALVA (2013), p. 38, el precepto supone la transposición del art. 3 de la Directiva 2001/40. Véase también, además de la sentencia referida en el texto, la STC 186/2013 (FJ 7), donde se afirma que la finalidad de la medida de expulsión regulada en el art. 57.2 LOEx es «asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo». En el mismo sentido se manifiesta el TS por ejemplo, en sentencia (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 893/2018, de 31 de mayo (FJ 1).

(121) Ya hemos dicho que el tenor literal del art. 57.2 LOEx se refiere a la pena abstracta. Pero si atendemos al fundamento del precepto, cabe plantearse que quizás el alcance de la (supuesta) amenaza que representa el extranjero se precisaría mejor si se atendiese a la pena concreta, en el sentido indicado por *Suay Rincón* en su voto particular a la STS 893/2018, de 31 de mayo. Con este argumento defiende también el criterio de la pena concreta la STSJ de Madrid (Sala de lo contencioso, sec. 2.ª), 420/2017, de 6 de junio. Atiende el TSJ de Madrid a lo dispuesto en la STC 186/2013, en la que se expone que la medida del art. 57.2 persigue asegurar el orden público y la seguridad ciudadana en coherencia con la Directiva 2001/40. Alude al art. 3 de la Directiva, que contempla la posibilidad de expulsar a nacionales de un tercer país cuando la expulsión se base en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, y deduce que si

otras palabras, a raíz de la condena se presume *iuris et de iure* un estado de peligrosidad del extranjero que lo convierte en un sujeto «no deseado» (122). Tampoco aquí se aprecia finalidad punitiva alguna en la expulsión, sino que estamos ante una medida preventiva de aseguramiento, de defensa frente a peligros.

La doctrina relaciona con razón esta modalidad de expulsión con la ausencia de antecedentes penales como requisito exigible para autorizar la residencia temporal en territorio español, de acuerdo con lo establecido en el art. 31.5 LOEx (123). Desde este punto de vista, parece claro que la expulsión se asemeja a una revocación de la autorización (en este caso de residencia) por incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos para su otorgamiento (124). En este tipo de consecuencias jurídicas que, según la doctrina más autorizada, no tienen naturaleza sancionadora (125), la situación de partida es que un sujeto ha sido sancionado por la comisión de una infracción (en el caso que analizamos, un delito), y sufre, además, otro gravamen (extinción del derecho a residir en España) en virtud de una norma distinta de la sancionadora (el art. 57.2 LOEx) que anuda ese gravamen al hecho de haber sufrido previamente la sanción. En este caso, el gravamen impuesto tiene como función neutralizar la amenaza que el extranjero parece representar para los bienes jurídicos, pero tampoco tiene naturaleza sancionadora, por lo que su imposición acumulada a la pena no vulnera el principio *non bis in idem* (126).

La Sala 3.ª del TS entiende también que la expulsión regulada en este precepto carece de naturaleza sancionadora. La tesis ya la dejó entrever en

la expulsión se fundamenta en la existencia de dicha amenaza grave, «lo que debe tenerse en cuenta es la condena concreta impuesta al extranjero, ya que solo teniendo presente el concreto reproche penal realizado cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza». Añade al respecto el TSJ de Madrid que según la doctrina del TJUE para que las medidas de orden público o seguridad pública estén justificadas deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, siendo así que solo la pena concreta refleja una conducta personal del interesado.

(122) Véase, negando asimismo la naturaleza sancionadora de este supuesto de expulsión, SELVA PENALVA (2013), pp. 23, 33 y 35. Véase también MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 412 s., 440, quien como ya hemos visto parte de que la expulsión tiene naturaleza de pena, pero considera que el fundamento de esta causa de expulsión es una «presunción de “peligrosidad postdelictiva”».

(123) Al respecto, véanse TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 139 ss.; y LARRAURI (2016), pp. 12 ss.

(124) Según HUERGO LORA (2007), p. 354, nota 536; y el mismo (2010), p. 465: «esta expulsión no constituye una sanción (...) sino que se adopta ante la constancia de que el sujeto no reúne los requisitos para permanecer en España».

(125) Así CANO CAMPOS (2011), pp. 104 s.; y HUERGO LORA (2007), p. 225, 337 ss. —véase no obstante, pp. 319 ss., donde relata las dudas doctrinales y jurisprudenciales sobre la cuestión, y pp. 334 ss., donde explica que algunas revocaciones sí constituyen sanciones—.

(126) Sobre todo ello, véase HUERGO LORA (2007), pp. 338 ss.

la sentencia 893/2018, de 31 de mayo, donde asienta el criterio de que la pena privativa de libertad superior a un año mencionada en el art. 57.2 LOEx es la pena abstracta. En esta sentencia el TS se basa en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que habían defendido la misma tesis negando el carácter sancionador de la expulsión. Así, por ejemplo, en la STSJ de Navarra, sec. 1.º, 69/2018, de 26 de febrero, se afirma que al defender la tesis de que la pena a la que se refiere el precepto es la abstracta no resultan vulnerados los principios de proporcionalidad e individualización de las sanciones porque la expulsión regulada en ese precepto no es una medida sancionadora sino «una consecuencia *ipso iure* de la sanción penal», siendo así que esos principios ya han sido atendidos al imponer la pena. Y añade la citada sentencia que «la expulsión es una medida *ad hoc* impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad “en abstracto” del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos». En un sentido similar, según la STSJ del País Vasco, sec. 3.º, 350/2016, de 22 de julio, al extranjero «no se le ha impuesto una sanción sino que se ha acordado la aplicación de la consecuencia que el art. 57.2 establece para el caso de ser condenado a la pena de privación de libertad teniendo presente que esa condena lo sea por la comisión de delito doloso que (en abstracto) sea susceptible de ser castigado con pena superior a un año de prisión». Pues bien, basándose en estos pronunciamientos, mantiene el TS en la sentencia citada que el precepto describe «una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración (...) pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla —de nuevo— a la Administración».

El TS ha llegado a defender que debido a la ausencia de naturaleza sancionadora de esta modalidad de expulsión no le son aplicables las excepciones establecidas en el apartado 5 del mismo art. 57 LOEx, en consonancia con lo dispuesto en el art. 12 de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los residentes de larga duración, sino que la expulsión es de aplicación automática una vez constatada la existencia de una condena por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año con los antecedentes penales no cancelados (127). Afortunadamente, TC ha rechazado esta interpretación

(127) Véanse, por ejemplo, SsTS (Sala 3.º, sec. 5.º) 191/2019, de 19 de febrero; y 257/2019, de 27 de febrero. Argumenta el TS que el apartado 5 establece limitaciones a la expulsión de residentes extranjeros de larga duración solo «cuando la expulsión sea consecuencia de la imposición de una sanción», y aquí «no se está ante una sanción de expulsión como tal, prevista en el art. 57.1, sino ante la consecuencia no punitiva desde la perspectiva administrativa, de la comisión de un ilícito penal».

en varias sentencias, entre las que destaca la 201/2016 (FJ 3) (128). Según el TC el argumento no puede ser aceptado fundamentalmente por dos motivos: primero, porque es dudosa su compatibilidad con lo dispuesto en el art. 12 de la citada Directiva, que obliga a ponderar las circunstancias familiares en toda decisión de expulsión, también por tanto en las que no tienen naturaleza sancionadora; y, segundo, porque la expulsión está sujeta a especiales exigencias de motivación por el grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente salvaguardados, y ello aunque no se le pueda atribuir el carácter de sanción. En este sentido, recuerda que «el deber de motivación en el ámbito administrativo (...) no solo se produce en el supuesto de sanciones administrativas» y que dicho deber alcanza a veces una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo (...), lo que ocurre cuando los actos administrativos limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales. Pues bien, cuando se expulsa a un extranjero residente de larga duración se limitan claramente sus derechos fundamentales, pues «se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar (...) lo que hace que sea extensible a dicha medida ese deber constitucional de motivación al margen de su eventual naturaleza jurídica sancionadora». El TS ha asumido recientemente estos planteamientos, modificando en consecuencia aquella línea jurisprudencial (129).

3. Excurso: la autorización judicial para la expulsión administrativa (art. 57.7 LOEx)

En virtud del art. 57.7 a) LOEx, «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación».

En contra de lo que suele afirmarse, este precepto no regula un supuesto de expulsión basado en la comisión de la infracción penal que ha motivado el

(128) Véanse en el mismo sentido, por ejemplo, los votos particulares formulados a la STC 186/2013 y las SsTC 131/2016 (FJ 6) y 14/2017 (FJ 5). Sobre los criterios mantenidos por el TC al respecto, véase PLEITE GUADAMILLAS (2017), pp. 22 ss. En la doctrina, se muestra a favor de la compatibilidad entre el art. 57.2 y el apartado 5 del mismo precepto SELMA PENALVA (2013), pp. 41 ss.

(129) Véase el extenso FJ 7 de la STS (Sala 3.ª, sec. 5.ª) 321/2020, de 4 de marzo.

procesamiento o imputación del extranjero (130), sino que parte de la tramitación de un expediente administrativo de expulsión por encontrarse el extranjero en situación irregular en nuestro país, haber realizado alguna de las conductas a las que se refiere el art. 57.1 LOEx o por concurrir el supuesto descrito en el art. 57.2 LOEx —existencia de una condena previa por delitos distintos de los que ahora se enjuician—. En otras palabras, la autorización para la expulsión no supone la imposición de una «sanción» de expulsión como sustitutiva de la pena que correspondería, en su caso, por los delitos que están siendo investigados antes de que recaiga condena —lo que supondría una flagrante vulneración del principio de presunción de inocencia—, sino que la expulsión está motivada por esas otras razones. En este sentido, el art. 57.7 LOEx se limita a requerir autorización judicial para la expulsión acordada por la autoridad administrativa (131).

En efecto, de acuerdo con la STC 24/2000 (FFJJ 3 y 6), con respecto al primer párrafo del art. 21.2 de la antigua Ley de Extranjería, que constituye el antecedente del precepto actual: «en el presente caso no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero “encartado” (...) de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal. Tal autorización de expulsión, por tanto, no puede ser calificada como una “sanción” sustitutiva de la sanción penal». Y puesto que la citada autorización «no es una manifestación del *ius puniendi* del Estado (...) carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia» (132).

(130) Opina lo contrario MUÑOZ LORENTE (2004), p. 412, quien considera por esa razón que lo establecido en el precepto conculca el principio de presunción de inocencia al llevarse a cabo la expulsión «antes de que un Juez o Tribunal declare la culpabilidad del sujeto». En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA (2004), pp. 228 s., 339. Similar, aunque parte de que «no es el hecho objeto del proceso penal el que motiva la autorización de la expulsión», RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 270 s.; apuntan también a una posible vulneración de la presunción de inocencia SOUTO GARCÍA (2007), p. 306; TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 7; y RODRÍGUEZ YAGÜE (2012), p. 13.

(131) Dado que no es el juez quien expulsa, sino que únicamente concede la autorización para expulsar, no es su competencia revisar la legalidad de la decisión administrativa de expulsar al extranjero, sino que esa facultad corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que debe analizar el juez del orden penal es si la expulsión administrativa debe prevalecer o no respecto al ejercicio del *ius puniendi*. Al respecto, TOMÉ GARCÍA (2006), p. 119; TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 109-111; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 81.

(132) Así, en la doctrina, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 108, 114. Véanse también, rechazando infracción alguna de la presunción de inocencia, CUGAT MAURI (2001), p. 29; MONCLÚS MASÓ (2008), p. 423; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 74, nota 129. En el mismo sentido, sobre la necesidad de no confundir este precepto con el art. 89 CP, véase TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 119, 162 s.

Al no tratarse de un supuesto de expulsión distinto de los ya analizados, nada nuevo hay que añadir respecto a la naturaleza de dicha consecuencia jurídica. En cualquier caso, no puede obviarse la trascendencia de la previsión que este precepto contempla, pues permite nada más y nada menos que la paralización del procedimiento penal en curso, con la consiguiente renuncia por parte del Estado a exigir responsabilidad penal por delitos que pueden alcanzar una gravedad considerable, dando preferencia a la decisión administrativa de expulsión. Ello implica la introducción por esta vía de un criterio de oportunidad en el proceso penal que antepone la política de extranjería al interés público en la persecución y, en su caso, sanción de los delitos (133). La autorización para expulsar queda tan solo excluida si la imputación versa sobre delitos castigados por la ley con pena privativa de libertad superior a seis años o cuando se trate de los delitos tipificados en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis CP (134). Si se cumplen los requisitos establecidos, el juez ha de autorizar la expulsión («autorizará»), con el consiguiente archivo provisional de la causa, salvo que, motivadamente, «aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación» (135).

Por otra parte, la tramitación simultánea del proceso penal y del expediente administrativo de expulsión genera en la práctica ciertos vicios que,

(133) Sobre ello véanse ASÚA BATARRITA (2002), pp. 32 s.; MUÑOZ LORENTE (2004), p. 411; TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 116 s.; MONCLÚS MASÓ (2008), pp. 425 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 838 s.; TORRES FERNÁNDEZ (2012), p. 112; y RECIO JUÁREZ (2016), p. 84. Por otra parte, es evidente que las razones en ocasiones alegadas en favor de esta previsión no pueden justificar sólidamente el menoscabo de los principios procesales que su existencia comporta. Aparte de apelar a razones de ahorro económico y de disminución de la carga de trabajo de los tribunales, se señala como objetivo esencial del precepto evitar que el extranjero pendiente de expulsión delinca con la finalidad de dificultarla. Pero lo cierto es que, vista la regulación en su conjunto, no se aprecia en qué podría favorecer al extranjero delinquir si no existiera el precepto. Si acaso, ello podría servir solo para retrasar la expulsión, que podría imponerse en sustitución de la pena o tras su cumplimiento total o parcial. Al contrario, como se ha señalado, la existencia del precepto puede fomentar la comisión de delitos por parte de extranjeros pendientes de una orden administrativa de expulsión, si saben que van a ser expulsados antes de que se llegue a la condena. Al respecto véanse TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 115-117; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 127 s.

(134) En este último caso, dispone el art. 57.8 LOEx que la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. Sobre ello véase *infra*.

(135) Estas circunstancias, que no están determinadas en la ley, pueden referirse en palabras de RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 838, entre otras a razones de alarma social, evitar sensación de impunidad o, si son varios los imputados, evitar agravios comparativos. TOMÉ GARCÍA (2006), p. 135, indica como criterios a tener en cuenta la naturaleza y gravedad del delito, así como el número de delitos por los que el extranjero se encuentre procesado o inculcado (a mayor gravedad o mayor número de delitos, más justificado estará denegar la expulsión). Por lo demás, dado que se requiere audiencia del Ministerio Fiscal, la FGE ofrece criterios orientadores del correspondiente dictamen —véase Circular 2/2006—.

según entiendo, deberían corregirse. Si la autorización para la expulsión ha de pedirse cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento penal, la solicitud ya no procederá si la situación procesal del extranjero se encuentra en un momento posterior. En este sentido, la doctrina mayoritaria considera que una vez declarada la apertura del juicio oral ya no puede solicitarse la autorización para la expulsión, sino que el procedimiento penal debe seguir su curso hasta el final (136). Pero en la práctica la imposibilidad de solicitar la autorización o de que esta sea concedida por no cumplirse ya los requisitos establecidos en el art. 57.7 no paraliza el procedimiento de expulsión administrativo, por lo que se da la circunstancia anómala de que el extranjero es expulsado, sin autorización judicial, antes de la conclusión definitiva de la actuaciones judiciales en sede penal, lo que implica que estas queden en suspenso (137).

Además hay que tener en cuenta que la autorización debe quedar vedada cuando los hechos que motivan el expediente administrativo de expulsión y los que constituyen el objeto del proceso penal sean los mismos. En este caso, el respeto al principio *non bis idem* exige la paralización del procedimiento administrativo, dada la preferencia de la jurisdicción penal (138).

(136) Defienden este criterio, entre otros, TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 118-122; y RECIO JUÁREZ (2016), pp. 75-77. En contra, TOMÉ GARCÍA (2006), pp. 122 ss., quien considera que la expulsión puede ser autorizada incluso después de haber recaído sentencia hasta que adquiera firmeza, en cuyo caso debe ser el órgano competente para conocer el recurso quien decida si concede la autorización; y RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 57. De cualquier forma, para todos los autores es evidente que la situación de «condenado» impide la autorización para la expulsión, y que a partir de ese momento solo es posible la aplicación de los supuestos de expulsión judicial previstos en el Código penal. La FGE comparte como regla general que la autorización solo puede concederse hasta la apertura del juicio oral (Circular 2/2006), pero hace una excepción para los delitos castigados con penas no privativas de libertad. En su opinión (Circular 5/2011), en ese caso, dado que la expulsión judicial queda vedada, debería poderse autorizar la expulsión administrativa aunque ya hubiera sido condenado el sujeto. Critica este planteamiento, con razón, por evidentes problemas de legalidad, RECIO JUÁREZ (2016), pp. 76-77.

(137) Al respecto puede verse el ATS de 24 de mayo de 2004 en relación con un extranjero que había sido expulsado estando pendiente la formalización de un recurso de casación contra una condena penal. Comentan el supuesto RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 842-844.

(138) Así lo indica reiteradamente el TS por ejemplo en sus sentencias (Sala 3.ª) de 21 de diciembre de 2004, 2 de marzo de 2005, 29 de abril de 2005 y 30 de noviembre de 2006. En el mismo sentido la Circular FGE 2/2006 y, en la doctrina, MESTRE DELGADO (2006), pp. 1268 s.; TOMÉ GARCÍA (2006), 133 s.; RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), pp. 844 ss.; y TORRES FERNÁNDEZ (2012), pp. 123 ss., donde señala que este principio no siempre ha sido respetado. En efecto, así se deduce del relato de los hechos que dieron lugar al recurso de amparo que resolvió el TC en sentencia 24/2000: los extranjeros habían sido detenidos en el aeropuerto por su presunta participación en delitos de falsificación de documentos e inmigración ilegal; se incoó expediente de expulsión con fundamento en el supuesto previsto

4. La expulsión acordada con posterioridad al cumplimiento de la pena por determinados delitos (art. 57.8 LOEx)

Como hemos visto en el epígrafe anterior, si el extranjero sobre el que pende un expediente administrativo de expulsión está además imputado (investigado) por un delito de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina de los enumerados en este apartado, no es posible autorizar la expulsión, por lo que el proceso penal tendrá que continuar. Por otra parte, el art. 89.9 CP imposibilita que sean sustituidas por la expulsión las penas de prisión impuestas por estos delitos. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico quiere asegurar que no permanezcan en España, una vez cumplida la pena, los extranjeros condenados por la comisión de dichos ilícitos penales, y por esa razón dispone el art. 57.8 LOEx que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis del Código penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

Según entiendo, el fundamento de esta modalidad de expulsión coincide con el del supuesto contemplado en el art. 57.2 LOEx. Tampoco se pretende aquí castigar al extranjero doblemente, sino prevenir un peligro para los bienes jurídicos. Por tanto, una vez más, la expulsión tiene un carácter asegurativo, no sancionador.

Los apartados 7 y 8 del art. 57 LOEx no fueron adaptados a la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, por lo que desde entonces existe una discordancia entre los preceptos citados en dichos apartados y la regulación del Código penal en el art. 313 y en el art. 89 (apartado 7, de acuerdo con el texto vigente hasta 2015) (139). La falta de armonización es aún más patente tras la reforma del Código penal ex LO 1/2015. Por un parte, el art. 89.9 CP añade el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis) entre aquellos cuyas penas de prisión no son susceptibles de ser sustituidas por la expulsión. Este delito no se encuentra entre los enumerados en el art. 57.7 y 8 LOEx, pero no podrá plantearse la solicitud de autorización para la expulsión conforme

en el art. 26.1 c) de la antigua Ley de extranjería (estar implicado en actividades contrarias al orden público) y, a la vez, el correspondiente juzgado de instrucción acordó apertura de diligencias previas por un presunto delito de falsificación de documentos oficiales. La expulsión fue autorizada de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2, párrafo primero, de la Ley de extranjería. La STC 24/2000 (FJ 4) llega a afirmar que «cualquier extranjero incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería puede ser expulsado del territorio español por la autoridad gubernativa (...), sin perjuicio de la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que *los hechos que justifican la medida de expulsión* puedan ser delictivos» (la cursiva ha sido añadida).

(139) Sobre el problema y las posibles soluciones, RODRÍGUEZ GÓMEZ / DEL MORAL GARCÍA (2011), p. 848.

al apartado 7 porque la pena prevista para el delito supera los seis años de prisión. En cualquier caso, la expulsión con posterioridad a la pena tendrá que sustanciarse de acuerdo con lo establecido en el art. 57.2 LOEx. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la reforma de 2015 redujo considerablemente las penas de los tipos básicos del art. 318 bis CP. Actualmente los apartados 1 y 2 del precepto prevén penas de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Aun en el supuesto de que el juez eligiese la pena de prisión, esta quedaría fuera del régimen de sustitución previsto en el art. 89 CP, dado que la pena concreta no superaría el año de duración —a no ser que se hubiera aplicado alguna regla penológica que determine el ascenso de la pena en grado—. La expulsión administrativa posterior al cumplimiento de la pena de prisión tampoco sería posible a través del art. 57.2 LOEx. Sin embargo, sí podría ordenarse la expulsión en aplicación del apartado 8 del precepto, al menos si atendemos al tenor literal del mismo (140). Me parece más adecuado realizar una interpretación sistemática y teleológico-restrictiva del precepto, y entender que la mención a las condenas por el delito del art. 318 bis va referida a las penas privativas de libertad cuya duración abstracta supere el año de duración tanto en su límite mínimo como en el máximo, lo que sucede cuando se aplican los tipos agravados de los apartados 3 y 4. Se respetaría así el límite establecido en el art. 57.2 LOEx, cuya razón de ser se encuentra en la consideración de que no cualquier condena motiva la expulsión con fines asegurativos, sino solo las que hayan sido impuestas por la comisión de delitos de cierta gravedad. Finalmente, entiendo que en coherencia con dicho precepto no deberían tenerse en cuenta las condenas cuando los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL

1. La expulsión como sustitutivo de las penas de prisión superiores a un año (art. 89 CP)

La entrada en vigor del Código penal de 1995 trajo consigo, como relevante novedad, un mecanismo de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración basado en el convencimiento de la doctrina científica más autorizada, corroborado ampliamente por la investigación criminológica, de que la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración resulta contraproducente en muchos casos desde la perspectiva de la prevención especial. Estas penas se muestran inadecuadas para alcanzar los fines de la resocialización, porque no dejan margen temporal para poder desarrollar una

(140) Véase al respecto BOZA MARTÍNEZ (2016), pp. 356 s., indicando la necesidad de modificar el art. 57.8 LOEx.

intervención adecuada sobre la persona del condenado y, además, le exponen a la contaminación carcelaria. Por esta razón, está plenamente justificado que el Código penal establezca la posibilidad de dejar de ejecutarlas en ciertos casos. Concretamente, el instituto de la sustitución de las penas privativas de libertad —a diferencia del que permite suspender su ejecución— está pensado para los casos en que se desaconseje la ejecución de la pena de prisión por los motivos indicados, pero las exigencias de reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general apuntan a la necesidad de aplicar en su lugar otras sanciones. Estas otras sanciones serán en el caso concreto más idóneas para alcanzar el fin de la prevención especial, y al mismo tiempo impiden que se produzca un menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general. En definitiva, los sustitutivos de la pena privativa de libertad deben ser instrumentos idóneos para cumplir los fines de la pena —reafirmación del ordenamiento jurídico, prevención general y prevención especial—; esto es, deben producir los efectos característicos de las penas privativas de libertad a las que sustituyen, si bien de un modo subsidiario. De ello se deduce que los sustitutivos de las penas privativas de libertad han de tener también la naturaleza jurídica de una pena (141).

Al concepto de sustitución de la pena que acabo de exponer en apretada síntesis respondían los supuestos de sustitución que regulaba el art. 88 CP, donde se permitía al juez sustituir, en el supuesto más común, penas de prisión no superiores a un año por las penas de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando concurrieran una serie de criterios característicos de la prevención especial —circunstancias personales del reo, su esfuerzo por reparar el daño causado, etc.—. A estos efectos, el precepto recogía unos módulos de conversión de penas: cada día de prisión habría de sustituirse por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajos en beneficio de la comunidad. Este mecanismo de sustitución del art. 88 CP fue suprimido por la LO 1/2015, aunque una versión modificada del mismo se integró en la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 ss. CP).

En cambio, la regulación del art. 89 CP no se ha ajustado en sus diferentes versiones (142), ni se ajusta en la vigente, al fundamento de la sustitución de las penas privativas de libertad. De la regulación se deduce claramente que no se pretende aquí sustituir penas de prisión de corta duración por otra pena más idónea en el caso concreto desde planteamientos preventivo-especiales, pero igualmente capaz de cumplir los fines de reafirmación del ordenamiento jurídico y de prevención general. Nótese, en primer lugar, que no se establece

(141) Sobre todo ello con más detalle, GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 293 ss., 327 ss. y la bibliografía allí citada.

(142) Con respecto a la regulación del precepto tras la reforma de 2003, véase GRACIA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN (2006), pp. 331 s.

un límite máximo de duración de la pena de prisión que puede ser sustituida, sino un límite mínimo por debajo del cual no cabe la sustitución —art. 89.1 CP: «las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español»—. La perspectiva es, por tanto, la contraria: la sustitución solo cabe en relación con delitos que alcanzan una cierta gravedad (143). En segundo lugar, los nuevos criterios que han de tenerse en cuenta para determinar la procedencia de la expulsión incorporados en la reforma de 2015 confirman la tesis, reiteradamente manifestada por la doctrina (144), según la cual la expulsión es incapaz de cumplir con los fines de la pena. En efecto, por un lado, la pena de prisión inicialmente impuesta debe ejecutarse, al menos parcialmente, «cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito» (art. 89.1 y 2 CP) (145). Se viene a reconocer con ello que la pena de prisión, y no la expulsión sustitutiva, es el instrumento idóneo para reafirmar el ordenamiento jurídico y para atender a la prevención general; pese a ello, la expulsión es de aplicación preferente (146). Por otro lado, la expulsión queda vedada cuando se considere desproporcionada a la vista de las circunstancias personales del extranjero, en particular su arraigo en España (art. 89.4 CP); en otras palabras, como ya sabíamos, las posibilidades de reinserción del condenado pasan por el cumplimiento de la condena, porque la expulsión las anula por completo (147).

(143) Gravedad que, como vimos, el legislador intenta ajustar a lo establecido en el art. 57.2 LOEx.

(144) Véase *supra* II.

(145) Antes de la reforma, la FGE había mantenido en sus circulares 2/2006 y 5/2011 la necesidad de atender a la gravedad y naturaleza del delito para no sustituir la pena por la expulsión cuando ello genere una sensación de impunidad y/o cuando no lo aconsejasen razones de prevención general y especial. Cita como ejemplos, entre otros, los delitos vinculados a la delincuencia organizada y, particularmente, el tráfico de drogas, salvo en casos de relevancia menor. Asimismo, el TS venía rechazando con carácter general la sustitución de la pena de prisión por la expulsión en el delito de tráfico de drogas, salvo en casos de escasa entidad. Al respecto pueden verse las SsTS 1249/2004, de 28 de octubre; 1546/2004, de 21 de diciembre; 906/2005, de 8 de julio; 1189/2005, de 28 de octubre; 531/2010, de 4 de junio; 245/2011, de 21 de marzo; 588/2012, de 29 de junio; 132/2014, de 20 de febrero; 927/2016, de 14 de diciembre. Hará falta observar hasta qué punto la reforma de 2015 influirá en este criterio: la STS 133/2019, de 12 de marzo, considera adecuada la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o a la libertad condicional.

(146) GONZÁLEZ TASCÓN (2016), p. 170 se refiere al «sinsentido» que supone «afirmar (por un lado) que la vigencia del derecho necesita del cumplimiento parcial de la pena y, por otro lado, (...) que aun así no siempre se habrá de proceder a ello, solo excepcionalmente».

(147) El ATC 106/1997 (FJ 2) lo reconoció sin ambages hace tiempo. Entiende el TC que la expulsión, a diferencia de otros substitutivos de las penas cortas privativas de libertad, no pretende «surtir efectos positivos en orden a la reeducación y reinserción social del extranjero en España, pues ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena (...) ni, dado su

A mi modo de ver, esta regulación demuestra que la expulsión judicial posee idéntica naturaleza que la expulsión administrativa ordenada por la comisión de una infracción administrativa —en este caso como alternativa a la multa— o tras el cumplimiento de la condena en los casos de los apartados 2 y 8 del art. 57 LOEx. La expulsión se fundamenta en la consideración del extranjero que ha cometido delitos de cierta entidad como una amenaza para intereses públicos que ha de ser neutralizada apartándole de la sociedad (148). En consecuencia, al extranjero no se le *castiga* con la expulsión por la comisión de un delito, sino que se le *expulsa para prevenir* futuros comportamientos ilícitos.

No resulta baladí en este sentido la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la figura a todo extranjero, con independencia de su situación administrativa. En el caso de ciudadanos de la Unión Europea se establece que la expulsión solo procederá cuando el extranjero represente «una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública» (149), lo que abona la tesis defendida sobre el fundamento de la expulsión, aunque en relación con el resto de los extranjeros no se exige la constatación de dicha amenaza ni, por ende, de su gravedad (150). Por lo demás, y finalmente, resulta también significativo el interés del legislador por asegurar la expulsión en un momento u otro. Como vengo señalando, la sustitución de las penas de prisión superiores a un año por la expulsión constituye la regla general. Pero aun cuando el juez deba acordar la ejecución de una parte de la pena por motivos de reafirmación del ordenamiento y de prevención general, «en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o a la libertad condicional» (art. 89.1 *in fine* CP). Si la pena o penas impuestas superan los cinco años de duración es obligatoria la ejecución al menos de parte de la pena por los motivos indicados, pero también entonces se debe sustituir el resto de la pena por la expulsión una vez cumplida la parte determinada. Además, si el juez acordase la ejecución total de la pena, la expulsión tendrá lugar cuando el extranjero acceda al tercer grado o a la libertad condicional (art. 89.2 CP).

Esta expulsión, desprovista de todo carácter punitivo, no es un sustitutivo penal porque no es ni siquiera una sanción y, si no pertenece al género

carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país».

(148) Como dice IGLESIAS RÍO (2015), p. 177, la reforma de 2015 en esta materia acentúa «de forma manifiesta las consideraciones defensoras y de policía».

(149) Véanse los arts. 27 y 28 de la Directiva 2004/38.

(150) Sobre la relevancia de los conceptos de «seguridad pública» y «orden público» para interpretar la regulación de la expulsión, véase IGLESIAS RÍO (2015), pp. 183 s.

(sanciones), es evidente que no puede pertenecer a la especie (penas). Como ya indicara el TC en su sentencia 242/1994 (FJ 2) y reiterara luego en la sentencia 24/2000 (FJ 3), la expulsión del extranjero condenado en sustitución de la sanción penal no es una pena, sino «una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello». El Estado renuncia a la sanción (151), total o parcialmente, para imponer en su lugar una medida de carácter asegurativo (152).

2. La expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social (art. 108 CP)

Como he expuesto *supra*, el legislador ha mantenido inalterado el art. 108 CP desde la reforma del precepto operada por LO 11/2003. Ello explica que el régimen de sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión que dicho precepto contempla difiera considerablemente del establecido para los casos en que la expulsión sustituye a las penas de prisión. Así, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 108 CP es más limitado que el del art. 89 CP, porque la sustitución solo es posible cuando el extranjero no reside legalmente en España, pero el ámbito objetivo resulta mucho más amplio, pues se permite la sustitución por la expulsión de cualquier medida de seguridad, sea o no sea privativa de libertad, y con independencia de su duración. Además, la sustitución opera aquí de manera automática, salvo que el juez aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la medida de seguridad en España. No se atiende, en cambio, a criterios relacionados con las circunstancias personales del extranjero. Difieren también del art. 89 CP, por un lado, el plazo de prohibición de regreso a España, que en el art. 108 CP es de diez años en todo caso, y, por otro lado, las consecuencias del quebrantamiento de la decisión de expulsión, pues no se contempla la posibilidad de que la medida de seguridad que resultase aplicable se cumpla en España si el extranjero regresa antes del plazo señalado.

Para que pueda entrar en juego el art. 108 CP hace falta que concurran los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad y reinserción social.

(151) Como dice GRACIA MARTÍN (2016), p. 61, «la sanción solo puede ser sustituida por otra sanción, porque si lo fuera por otra consecuencia de naturaleza distinta, ya no se trataría de una sustitución, sino de una auténtica renuncia a la sanción».

(152) Si lo interpreto correctamente, mi planteamiento se asemeja al de CANCIO MELIÁ (2005), p. 214, cuando señala que la expulsión es «una causa de levantamiento de la pena cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas». Entienden también que el art. 89 CP establece un mecanismo de renuncia a la sanción, entre otros, RODRÍGUEZ MESA (2006), pp. 274 s.; y TOMÉ GARCÍA (2006), p. 160.

Recordaré cuáles son estos para situar el precepto en su contexto. En primer lugar, se requiere la comisión de un hecho típico y antijurídico, dado que nuestro ordenamiento jurídico-penal solo permite la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales (arts. 6.1 y 95.1.1.º CP). En segundo lugar, hará falta que quien haya cometido el delito se encuentre en una categoría de estado peligroso reconocida como tal por la ley, generalmente por ser inimputable o semiimputable (arts. 101 a 104 CP), aunque también es posible, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, imponer la medida de libertad vigilada a determinados delinquentes plenamente imputables para que sea cumplida con posterioridad a la pena de prisión (art. 106.2 CP). Finalmente, será preciso que se aprecie en el sujeto peligrosidad criminal, esto es, la probabilidad de que realice en el futuro hechos constitutivos de delito (arts. 6.1 y 95.1.2.º CP). La peligrosidad criminal constituye el fundamento de las medidas de seguridad, y, por tanto, la única finalidad de estas es combatir dicha peligrosidad. Ello significa que las medidas de seguridad no pretenden castigar al sujeto al que se le imponen, pues no se fundamentan en su culpabilidad, que puede no existir o estar disminuida, ni tienen como finalidad la prevención general, sino que se orientan exclusivamente a los fines de la prevención especial, es decir, a la advertencia individual, a la corrección o enmienda y a la inocuización del delincuente (153).

En coherencia con el fundamento y fines indicados, el Código penal arbitra un sistema de aplicación de las medidas de seguridad basado en la posibilidad del juez de elegir la que resulte más idónea en el caso concreto para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Y además, teniendo en cuenta que la peligrosidad criminal no es un dato estático sino que evolucionará durante el proceso de ejecución de la medida que se consideró adecuada para neutralizarla, y de acuerdo con el mandato del art. 6.2 CP, en cuya virtud las medidas de seguridad no pueden exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del sujeto, el art. 97 CP establece una serie de mecanismos destinados a adaptar la ejecución de la medida al efecto que la misma vaya produciendo en el estado de peligrosidad (154). Así, durante la fase de ejecución es posible decidir mantener la medida originariamente impuesta, decretar su cese, sustituir la medida por otra o suspender su ejecución, todo ello en función de los informes que el juez recabe «acerca de la situación y evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva» (art. 98.2 CP).

Pues bien, desde mi punto de vista, compartido como vimos por la doctrina más autorizada, la regulación del art. 108 CP no se adapta al régimen

(153) Sobre todo ello, véase, por todos, GRACIA MARTÍN (2006), pp. 434 ss., 450 ss. y la bibliografía que allí cita.

(154) Véase GRACIA MARTÍN (2006), pp. 478 ss.; y URRUELA MORA (2009), pp. 91 ss.

de imposición y ejecución de las medidas de seguridad y reinserción social diseñado de acuerdo con su fundamento y fines, ni es capaz de respetar los principios que lo inspiran. Para empezar, me parece necesario dejar constancia de que en el ámbito de las medidas de seguridad, por su naturaleza, no es preciso establecer un sistema de sustitución equivalente al de las penas. Como vengo indicando, de acuerdo con el sistema de aplicación de las medidas de seguridad, el juez puede elegir inicialmente la medida que estime más adecuada en el caso concreto, y luego está facultado para sustituirla durante su ejecución por otra que considere más idónea en atención al estado de la peligrosidad criminal del sujeto en ese momento. Dado que la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España aparece en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad (art. 96.3.2.º CP), su aplicación sería posible, en principio, aunque el art. 108 CP no existiera.

Pero difícilmente podría justificarse la imposición originaria o sustitutiva de la expulsión de extranjeros conforme a los criterios que rigen con carácter general la aplicación de las medidas de seguridad, porque la expulsión no constituye en ningún caso un instrumento adecuado para el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto. Es cierto que dentro del catálogo de medidas que recoge el Código penal no todas tienen una finalidad terapéutica o pedagógica, sino que algunas tienden exclusivamente a asegurar que el sujeto no pueda realizar actos lesivos para los bienes jurídicos, como sucede por ejemplo con las prohibiciones de residencia en determinados lugares o de aproximación a la víctima impuestas en el marco de la libertad vigilada (art. 106 CP). Ahora bien, incluso en los casos en que la medida considerada más adecuada para combatir la peligrosidad criminal del sujeto sea una de carácter meramente asegurativo, se realiza un control periódico del estado de peligrosidad criminal del sujeto, que puede desembocar en el cese de la medida cuando la peligrosidad haya desaparecido. Por razones obvias, dicho control está completamente ausente en el caso de la expulsión. En ella, el aseguramiento frente a la peligrosidad criminal consiste en la mera segregación del individuo.

Al ser esa la única finalidad pretendida, el legislador se vio obligado a crear un mecanismo de sustitución *ad hoc*, completamente desvinculado de los principios y criterios rectores de la imposición y ejecución de las auténticas medidas de seguridad y reinserción social. En particular, el régimen establecido en el art. 108 CP no respeta el principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad formulado en el art. 6.2 CP (155), en virtud del cual «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite

(155) Sobre ello, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA CONILLO (Dir.) (2007), p. 629; GARCÍA ALBERO (2016), pp. 764-766; y BOZA MARTÍNEZ (2016), p. 340.

de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Ya sabemos que la expulsión ha de acordarse como sustitutiva de cualquier medida de seguridad, incluso de las no privativas de libertad, y con independencia de su duración. Además, se establece un plazo fijo de diez años para la prohibición de entrada. Queda excluida así toda opción de comparar la gravedad y la duración de la expulsión con la de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Por lo demás, no hace falta insistir en la imposibilidad de determinar, una vez expulsado el extranjero, cuándo se ha excedido el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

La expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad comparte, a mi entender, la naturaleza de la expulsión regulada en el art. 89 CP y de la prevista en la LOEx en la mayoría de los casos. No constituye una sanción, ni penal ni administrativa, porque su supuesto de hecho no es un injusto culpable. Tampoco es una medida de seguridad y reinserción social porque no puede, ni lo pretende, tratar la peligrosidad criminal del sujeto. Es una medida administrativa de aseguramiento cuyo fin es inocular al sujeto peligroso mediante su segregación de la sociedad (156).

VI. CONCLUSIÓN

Con independencia de su configuración formal, la expulsión del extranjero no posee materialmente naturaleza sancionadora en ninguno de los supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico permite ordenarla:

a) Cuando se basa exclusivamente en el hecho de que el extranjero se encuentra en situación administrativa irregular —supuesto que no constituye una infracción administrativa *stricto sensu*— presenta los caracteres materiales de una medida de restablecimiento de la legalidad, aunque ello no significa que deba acordarse en todo caso, sino que, dada la injerencia en la esfera personal del extranjero que su aplicación puede comportar, tendrá que sacrificarse el interés público en que el Derecho se vea realizado cuando ello venga exigido por razones humanitarias. La expulsión basada en este motivo no debería llevar aparejado el efecto de prohibición temporal de entrada.

b) En el resto de los casos la expulsión se ordena administrativa o judicialmente cuando concurre como requisito previo una infracción administrativa —art. 57.1 LOEx, en relación con las infracciones descritas en los arts. 53 y 54 que allí cita, excepto el supuesto del art. 53.1 a)— o un delito —art. 57, apartados 2 o 8 LOEx, o arts. 89 y 108 CP—. No obstante, tampoco en

(156) En el mismo sentido, URRUELA MORA (2009), p. 198. Véanse también, resaltando la finalidad de protección del orden público, por ejemplo, JORGE BARREIRO (1997), p. 325; y REBOLLO VARGAS (2011), pp. 866 s.

estos casos tiene la expulsión naturaleza de sanción, porque ni la infracción administrativa ni el delito forman parte de su supuesto de hecho, sino que su comisión se considera un indicio de que el extranjero representa una amenaza —que se da por confirmada— para el interés colectivo. La expulsión se fundamenta en una supuesta peligrosidad del extranjero y tiene como única finalidad neutralizarla, por lo que se trata de una medida de carácter defensivo. Su peculiaridad reside en que el peligro que se quiere prevenir no es uno procedente de cosas o de actividades, como sucede en general en el Derecho administrativo de policía, sino que procede de la actuación de individuos. Por eso, en este caso estamos ante un medida de aseguramiento frente a personas. Desde este punto de vista la naturaleza jurídica de la expulsión se asemeja a la de las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad criminal del sujeto reguladas en el Código penal, aunque con importantes diferencias: primero, porque no se trata aquí de combatir necesariamente una peligrosidad criminal (probabilidad de que el sujeto realice en el futuro hechos constitutivos de delito), sino que la peligrosidad se concibe en sentido más amplio, como probabilidad o posibilidad de realización futura de actos antijurídicos; y segundo porque, salvo en el caso del art. 108 CP, no se exige que dicha peligrosidad se haya constatado mediante un diagnóstico y un pronóstico de comportamiento futuro, sino que se presume.

Por otra parte, las modalidades de expulsión judicial reguladas en el CP no tienen naturaleza penal. La expulsión prevista como sustitutivo de las penas de prisión en el art. 89 CP no es una pena, entre otros motivos, porque no es ni siquiera una sanción. En realidad, al sustituir la pena por la expulsión se está renunciando al castigo total o parcialmente. La expulsión que puede ser acordada como sustitutivo de las medidas de seguridad y reinserción social de acuerdo con el art. 108 CP no comparte tampoco la naturaleza de las consecuencias jurídico-penales a las que sustituye. Es cierto que tiene en común con algunas de ellas su carácter de medida que pretende proteger los bienes jurídicos frente a comportamientos de individuos. Además, aquí la peligrosidad criminal habrá tenido que demostrarse previamente, pues solo así será posible determinar qué medida de seguridad originaria hubiera sido aplicable al caso concreto. Sin embargo, cuando se sustituye dicha medida por la expulsión se renuncia a perseguir el objetivo de reinserción social al que se orientan todas las medidas de seguridad de naturaleza penal, porque aquella no pretende incidir en la peligrosidad criminal del sujeto.

De *lege lata*, la consecuencia más relevante de considerar que la expulsión carece de naturaleza sancionadora es que no se entiende infringido el principio *ne bis in idem* cuando aquella se acuerda tras el cumplimiento total o parcial de una pena de prisión. Por lo demás, dado que la expulsión administrativa es considerada por la ley, en la mayoría de los casos, como una consecuencia jurídica que se aplica tras la comisión de determinadas infracciones adminis-

trativas, su ordenación se encuentra rodeada de las garantías propias del Derecho sancionador, aunque no sea una sanción. Por su parte, a la expulsión judicial sustitutiva de las penas o de las medidas de seguridad se le aplican también los principios que rigen la imposición de las consecuencias jurídicas de naturaleza penal.

De *lege ferenda* se propone una regulación de la expulsión administrativa basada exclusivamente en la estancia irregular del extranjero más acorde a su naturaleza de medida de restablecimiento de la legalidad. Mención aparte merece la expulsión fundamentada en la consideración del extranjero que ha cometido una infracción administrativa o un delito como una fuente de peligro que conviene eliminar preventivamente. Que la previsión de la expulsión como consecuencia jurídica supone en este caso otorgar un trato desigual a los extranjeros, por su condición de tales, respecto a los nacionales, resulta más que evidente: al extranjero que infringe la ley, aunque sea de manera incidental, no se le quiere dar otra oportunidad. Parece igualmente indiscutible que la expulsión así fundamentada presenta rasgos de un Derecho excluyente, inoportunizador, propio del dirigido a los que no son considerados ciudadanos, sino enemigos, tal y como viene indicando el sector doctrinal ya referido *supra*. En este sentido, me interesa resaltar que el hecho de negar el carácter sancionador a la expulsión no supone blanquearla o hacerla pasar por algo mejor que una sanción; más bien al contrario, se trata de señalar que al extranjero que comete un hecho ilícito se le quiere negar incluso el derecho a ser sancionado (157).

No obstante, como también ha sido indicado, una propuesta radical de supresión de la expulsión administrativa y judicial basada en la prevención de lesiones a bienes jurídicos no resulta realista —y necesitaría una fundamentación más profunda que la que en este trabajo se puede desarrollar—. Recuérdese al respecto que tanto el TC como el TEDH justifican la mencionada desigualdad de trato, también en el caso de extranjeros con residencia regular en España, y consideran legítima su expulsión por razones de protección de intereses colectivos. Lo que sí puede y debe hacerse, al menos, es abogar por una considerable restricción en su aplicación. A este respecto, estimo que la comisión por parte del extranjero de una infracción administrativa no debería fundamentar su expulsión por razones de orden público. Si no es posible expulsar al extranjero que ha cometido un delito por el que se le ha impuesto

(157) Véase al respecto GRACIA MARTÍN (2005), pp. 104-106, y, en particular, p. 202 s., cuando indica citando a *Jakobs* que, de acuerdo con el discurso del Derecho penal del enemigo —que según entiendo podría aplicarse igualmente a un Derecho administrativo sancionador del enemigo—, «a determinados individuos se los debe extraer del Derecho de la pena, y, por ello (...) ya no hay que reconocerlos como personas en la comunicación ni, por lo tanto, dialogar con ellos por medio de la pena (porque) de lo que aquí se trata (...) es de que el Estado ya no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos».

una pena de prisión inferior a un año o una pena de otra naturaleza, por entender que ello no representa un indicio suficiente de su peligrosidad, no está justificada la expulsión por la mera realización de un ilícito administrativo. En ese caso, lo procedente es aplicar la sanción de multa. En cuanto a las modalidades de expulsión que requieren la previa comisión de un delito, entiendo que la expulsión no debería ser la regla general, sino que debería primar el cumplimiento de la pena o la medida de seguridad impuesta. Solo en casos de constatada falta de arraigo en los que además se demostrase una probabilidad de comisión de delitos graves en el futuro por parte del extranjero podría recurrirse a la expulsión con base en los indicados motivos de aseguramiento. Finalmente, me parece que, por elementales razones de humanidad, la expulsión no debería aplicarse nunca a inimputables o semiimputables que necesiten un tratamiento terapéutico.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARIAS SENSO, M.: «Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004», *Diario La Ley*, n.º 6160, 2005 (ref. 2771/2004 base de datos laleydigital).
- ASÚA BATARRITA, A.: «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en Lorenzo Copello (Coord.): *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 17 ss.
- BATUECAS, J. M.: *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2005.
- BAUCELLS I LLADÓS, J.: «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», *RDPP*, n.º 13, 2005, pp. 45 ss.
- BOZA MARTÍNEZ, D.: «El Derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 11, 2006, pp. 25 ss.
- *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Comares, Granada, 2011.
- CAMPOS HELLÍN, R.: «El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015», *Boletín criminológico del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, artículo 4/2019 (n.º 185).

- CANCIO MELIÁ, M.: «La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89 CP)», en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson / Civitas, Madrid, 2005, pp. 183 ss.
- CANO CAMPOS, T.: «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, n.º 184, 2011, pp. 79 ss.
- «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador», en Bauzá Martorell (Dir.): *Derecho administrativo y Derecho penal: reconstrucción de los límites*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 207 ss.
- CANO CUENCA, A.: «Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89)», en González Cussac (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 341 ss.
- CARDENAL MONTRAVETA, S.: «Art. 89», en Corcoy Bidasolo / Mir Puig (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 342 ss.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.º: «Expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional por comisión de un hecho delictivo», *Actualidad administrativa*, n.º 11, 2018 (ref. 13237/2018 base de datos laleydigital).
- CUADRADO ZULOAGA, D.: «La expulsión de extranjeros del territorio nacional», *Actualidad administrativa*, n.º 14, 2008, pp. 1671 ss.
- CUGAT MAURI, M.: «La expulsión de extranjeros: política migratoria y funciones del Derecho penal», *RDPP*, n.º 6, 2001, pp. 23 ss.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El Derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- DORADO NOGUERAS, F. M. / RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en Moya Escudero (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 835 ss.
- DURÁN SECO, I.: «El extranjero delincuente ‘sin papeles’ y la expulsión (A propósito de la STS 8-7-2004)», *RDPyCr.*, n.º 15 (2005), pp. 307 ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración», en Faraldo Cabana (Dir.): *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219 ss.

- FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código penal español», en Lorenzo Copello (Coord.): *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97 ss.
- GARCÍA ALBERO, R.: «Art. 108», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 762 ss.
- GARCÍA ARÁN, M.: «Art. 89», en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 733 ss.
- GARCÍA CATALÁN, J. M.: *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo II*, 16.º ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: «La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?», *RECPC* 18-07 (2016).
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.º M.: «La expulsión judicial del extranjero condenado penalmente», en Bernal del Castillo (Dir.): *Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparados*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 45 ss.
- «La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión», *EPC*, vol. XXXVI (2016), pp. 131 ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El horizonte del finalismo y el «derecho penal del enemigo»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Las medidas de seguridad y reinserción social», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 427 ss.
 - «La serie 'infracción-culpabilidad-sanción' desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho», *RECPC* 18-18 (2016).
 - «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito», *Revista penal*, n.º 38, 2016, pp. 147 ss. (cit. 2016-2).
 - «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho administrativo sancionador», en esta REVISTA, n.º 55, 2020, pp. 12 ss.
- GRACIA MARTÍN, L. / ALASTUEY DOBÓN, C.: «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (!)», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 287 ss.

- «Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)», en Gracia Martín (Coord.) / Boldova Pasamar / Alastuey Dobón: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 323 ss.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, 1998.
- GUISASOLA LERMA, C.: «Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal», *EPC*, Vol. XXX (2010), pp. 201 ss.
- HERNÁNDEZ OLIVEROS, J. C.: «La expulsión de cada vez más ciudadanos extranjeros implicados en hechos delictivos», *La ley penal*, n.º 138, 2019 (ref. 8411/2019 base de datos laleydigital).
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, iustel, Madrid, 2007.
- «Expulsión de extranjeros (sanción de)», en Lozano Cutanda (Dir.): *Diccionario de sanciones administrativas*, iustel, 2010, pp. 462 ss.
- IGLESIAS RÍO, M. A.: «Algunas reflexiones sobre la extranjería, Derecho penal y derechos fundamentales», en Muñoz Conde (Dir.): *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 623 ss.
- «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 173 ss.
- IZQUIERDO ESCUDERO, F. J.: «Naturaleza jurídica de la sustitución prevista en el artículo 89 del Código Penal. Comentario al Auto del TC 106/19997, de 17 de abril», *Diario La Ley*, 1997 (ref. 11858/2001 base de datos laleydigital).
- JORGE BARREIRO, A.: «Art. 108», en Rodríguez Mourullo (Dir.) / Jorge Barreiro (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 324 ss.
- LARRAURI, E.: «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret* 2/2016.
- LAURENZO COPELLO, P.: «Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión», *Jueces para la Democracia*, n.º 50, 2004, pp. 30 ss.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: «La expulsión de los penados en el Código penal de 2015», *Diario La Ley*, n.º 8579, 2015 (ref. 4613/2015 base de datos laleydigital).
- LÓPEZ LORENZO, V.: «Expulsión de extranjeros (Comentario a la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo núm. 901/2004 de 8 de julio)», *La Ley penal*, n.º 18, 2005 (ref. 848/2005 base de datos laleydigital).
- LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del TS», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 20, 2009, pp. 201 ss.

- MAGRO SERVET, V.: «La expulsión automática de los inmigrantes en la sentencia penal en el art. 89.1 CP. Sentencia del Tribunal Supremo 901/2004, de 8 de julio», *La Ley penal*, n.º 14, 2005, (ref. 114/2005 base de datos laleydigital).
- MAQUEDA ABREU, M.º L.: «¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?», en *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pp. 509 ss.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: «Inmigración, derechos humanos y política criminal: ¿hasta dónde estamos dispuestos a llegar?», *Indret* 3/2009.
- MELÓN MUÑOZ, A.: «La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería», en Méndez Canseco (Dir.): *Extranjería*, CGPJ, 2007, pp. 75 ss.
- MESTRE DELGADO, J. F.: «Artículo 57. Expulsión del extranjero», en Esplugues Mota (Coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1261 ss.
- MONCLÚS MASÓ, M.: *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- MUÑOZ LORENTE, J.: «La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003», *RDPyCr.*, n.º extraordinario 2 (2004), pp. 401 ss.
- NAVARRO CARDOSO, F.: «Expulsión ‘penal’ de extranjeros: una simbiosis de Derecho penal ‘simbólico’ y Derecho penal del ‘enemigo’», *RGDP*, n.º 2, 2004.
- NISTAL BURÓN, J.: *La condición de extranjero en el sistema penitenciario español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A.: «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», en Palomar Olmeda (Coord.): *Tratado de Extranjería*, Tomo I, 4.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 557 ss.
- PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PINTO DE BARROS, A.: «Un análisis crítico de la medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta al extranjero a la luz del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho», *RGDP* 31(2019).
- PLEITE GUADAMILLAS, F.: «Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000», *Actualidad administrativa*, n.º 9, 2017 (ref. 10105/2017 base de datos laleydigital).
- REBOLLO PUIG, M.: «El contenido de las sanciones», *Justicia administrativa*, n.º extraordinario, 2001, pp. 151 ss.

- «Concepto de sanción administrativa», en Rebollo Puig (y otros): *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57 ss.
- REBOLLO VARGAS, R.: «Art. 108», en Córdoba Roda / García Arán (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 865 ss.
- RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ BALADO, E.: «La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 26, 2011, pp. 27 ss.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 33, 1998, pp. 59 ss.
- «Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune)», *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019, pp. 68 ss.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. / DEL MORAL GARCÍA, A.: «Artículo 57. Expulsión del extranjero», en Cavas Martínez (Dir.): *Comentarios a la Ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 828 ss.
- RODRÍGUEZ MESA, M.º J.: «La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica», en Rodríguez Mesa / Ruiz Rodríguez (Coords.): *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 255 ss.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes», *RECPC* 14-07 (2012).
- ROIG TORRES, M.: «La expulsión de los extranjeros en el proyecto de reforma del Código penal. Análisis desde la perspectiva del TEDH. Unas notas sobre el Derecho británico», *EPC*, vol. XXXIV (2014), pp. 423 ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «Artículo 89», en Gómez Tomillo (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 789 ss.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: «Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1559 ss.
- SANZ MORÁN, A. J.: «Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal», *Revista de Derecho penal*, n.º 11, 2004, pp. 11 ss.
- SELMA PENALVA, A.: «La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 33, 2013, pp. 13 ss.

- SOUTO GARCÍA, E. M.º: «Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión», en Faraldo Cabana (Dir.): *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 289 ss.
- SUAY RINCÓN, J.: «Concepto de sanción administrativa», en Lozano Cutanda (Dir.): *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 165 ss.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.º: «Art. 89», en Quintero Olivares (Dir.) / Morales Prats (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, Tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 663 ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.º: «Reflexiones y propuestas sobre inmigración», *InDret* 1/2010.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.º E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2012.
- ÚBEDA TARAJANO, F.: «La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras», *Actualidad administrativa*, n.º 1, 2019 (ref. 15642/2018 base de datos laleydigital).
- URRUELA MORA, A.: *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Comares, Granada, 2009.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras ‘salidas obligatorias’», en Pomed Sánchez / Velasco Caballero (Eds.): *Ciudadanía e inmigración*, *Monografías de esta REVISTA*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 301 ss.
- VIEIRA DA COSTA, P. L.: «La expulsión de los extranjeros ‘sin papeles’», *RJUAM*, n.º 21, 2010-I, pp. 149 ss.

APROVECHAMIENTOS HISTÓRICOS DE AGUA Y CONSERVACIÓN DE LOS HUMEDALES: CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE LA RESTAURACIÓN DE LA LAGUNA DEL CAÑIZAR(*)

PEDRO BRUFAO CURIEL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUA DEL RÍO CELLA Y LA LAGUNA DEL CAÑIZAR: 1. Consideraciones generales sobre las aguas que originan la laguna del Cañizar.– 2. Análisis jurídico de los aprovechamientos de las aguas del río Cella: A) Los antecedentes jurídicos sobre el carácter demanial de las aguas del río Cella y la laguna del Cañizar.– B) El actual régimen jurídico aplicable a las aguas del río Cella y la laguna del Cañizar: carencia de amparo jurídico del actual aprovechamiento privativo de estas aguas públicas basado en títulos históricos: a) Análisis de las aguas del río Cella, de su fuente y manantiales.– b) La naturaleza jurídica pública de la laguna del Cañizar y los medios para su recuperación.– III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EFECTIVA DE LA LAGUNA DEL CAÑIZAR.– IV. LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR EL ORGANISMO DE CUENCA. V. LAS OBRAS DE RESTAURACIÓN DE LA LAGUNA DEL CAÑIZAR COMO OBRAS DE INTERÉS GENERAL.– VI CONCLUSIONES.– VII BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La desecación de humedales con fines agrarios y ciertos usos actuales del agua pueden tener orígenes históricos muy antiguos, que se superponen a las diferentes leyes de aguas y sus disposiciones transitorias a lo largo del tiempo. En la actualidad, la preocupación ambiental por los humedales conlleva su especial protección jurídica y la ejecución de proyectos de restauración. En este trabajo expondremos el caso de la laguna del Cañizar, drenada en el siglo XVIII, algunas de cuyas aguas se reparten en diversas localidades de acuerdo con unas ordenanzas de 1742, analizándose la vigencia de los derechos sobre estas aguas y su relación con los proyectos de recuperación que se pretenden ejecutar.

Palabras clave: humedales; Derecho de Aguas; concesiones de aguas; Derecho Ambiental.

ABSTRACT: *Drying out wetlands for agricultural purposes and some current water uses may have ancient origins, uses that overlap water acts and their transitory provisions*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 17 de noviembre de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 22 de enero de 2021.

over time. Nowadays, the environmental concern for wetlands has created a special legal treatment and the implementation of restoration projects. In this paper we analyze the case of the Cañizar wetland, drained in the XVIII century, whose waters are divided among different villages according to some royal by-laws which date back up to 1742, and if those waters rights are still in force in relation to those restoration projects to be executed on the Cañizar wetland.

Key words: Wetlands; Water Law; water permits; Environmental Law.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza la problemática jurídica suscitada con motivo de la restauración de la laguna del Cañizar (1), que se encuentra en la cuenca del río Jiloca (afluente del río Ebro) y en los términos de Cella y Villarquemado, provincia de Teruel. Se trata de uno de los humedales más importantes de nuestro país, o de los más importantes que hubo en su día. Esta laguna, que cuenta con una extensión cercana a las 1.100 hectáreas en épocas de aguas altas, fue desecada en el primer tercio del siglo XVIII, durante el reinado de Fernando VI, debido a los motivos clásicos que dieron pie al drenaje de humedales, marismas y aguazales: sanitarios y agrarios, siendo beneficiados por el regadío con las aguas de este humedal además los términos de Santa Eulalia, Alba, Torremocha, Torrelacárcel y Villafranca (2).

Sin embargo, a pesar de su desecación y su transformación en terrenos de cultivo y pastizales, la laguna ha mantenido su carácter inundable en los años especialmente húmedos y cuando la falta de limpieza de las hijas o canales de drenaje hace que se vuelvan a recoger las aguas de esta parte de la cuenca en el antiguo vaso de la laguna, que también se nutre del afloramiento de las aguas subterráneas, de manantiales y escorrentía (3).

(1) Agradezco a la Red de Impulso Rural del Jiloca la ayuda documental y técnica prestada para la realización de estudio.

(2) La zona regable cuenta con una superficie total aproximada de 3.553 hectáreas, con la siguiente distribución: 2.300 ha en el término municipal de Cella, incluidas las del término municipal de Villarquemado puesto que éste no tiene toma directa en el río, 260 ha en el término municipal de Santa Eulalia del Campo, 102 ha en el término municipal de Torremocha, 354 ha en el término municipal de Torrelacárcel, 307 ha en el término municipal de Alba y 230 ha en el término municipal de Villafranca del Campo. Fuente: Respuesta parlamentaria nº 184/11455, de 18 de abril de 2017. BOCG. Congreso de los Diputados D-186, de 4 de julio de 2017.

(3) Se ha dicho que «se sabe que en época de aguas altas esta laguna tenía forma ovalada con: una longitud máxima de 6,5 km; una anchura que superaba en algunos puntos los 2700 metros; una profundidad de hasta 2,8 m; una extensión total de 11,3 km², y un volumen embalsado de 18,8 hm³. Hoy se podría considerar como un lago somero, el mayor de agua dulce de Aragón y uno de los más extensos del interior de la Península Ibérica».

La creciente preocupación por la conservación de los humedales ha tenido como consecuencia no solo la promulgación de normas como el convenio Ramsar y la Directiva de Hábitats de la UE sino la restauración de ciertos humedales en su día desecados por los más variados motivos. En España, los esfuerzos de restauración de humedales tienen en la actualidad como lugares principales de atención las lagunas de La Janda (Cádiz) (4), las marismas de aguas continentales de Doñana (Huelva) (5), la laguna de la Nava (Palencia) o la laguna de Antela (Orense), por citar unos ejemplos.

Estos esfuerzos por la recuperación de los humedales también se han llevado a cabo en la laguna del Cañizar, donde se habían ejecutado proyectos de restauración parcial. Pero la oposición de ciertos sectores de la población ha motivado que otra vez se drenara la laguna y se desecasen los terrenos que se habían vuelto a inundar a principios de este siglo, a pesar de constar en el Inventario de Humedales de Aragón (6) en el año 2012, bajo la clasificación de laguna de agua dulce estacional (7). Esta inclusión fue confirmada con ocasión de la STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 20 de octubre de 2013, por la que se rechazó el recurso de las Juntas de Aguas de Santa Eulalia, de Villafranca del Campo y de Torremocha de Jiloca contra la Orden en la que se aprobó tal inclusión, negándose la vía de hecho alegada y reconociéndose por tanto que la laguna sigue existiendo a pesar de los trabajos de desecación (8).

Fuente: <https://lagunadelcanizar.com/elmedio.php> [Consultada el 14 de noviembre de 2020]. En esta página web se recogen los principales hitos de la historia natural y humana de la laguna del Cañizar.

(4) Objeto de interesantes cuestiones jurídicas, que se exponen en P. BRUFAO CURIEL (2017a: 357-394). Se trata de un conjunto lagunar, cuyo deslinde engloba más de nueve mil hectáreas y que siguen drenadas, a pesar de lo cual continúan inundándose.

(5) Tarea pendiente tras el vertido minero de Aznalcóllar y sin que se hayan aplicado las principales medidas del RD Ley 7/1999, de 23 de abril por el que se aprueban y declaran de interés general las obras de regeneración hídrica incluidas en el conjunto de actuaciones «Doñana 2005». Estas medidas pendientes de ejecutar desde hace más de dos décadas son la recuperación de la funcionalidad del Caño del Guadamar y la del Brazo de la Torre. Mientras tanto, unas diez mil hectáreas de marisma siguen desecadas.

(6) Decreto 294/2010, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Inventario de Humedales Singulares de Aragón y se establece su régimen de protección.

(7) Orden de 21 de noviembre de 2012, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se incluye la laguna del Cañizar, en los términos municipales de Cella y Villarquemedo (Teruel), en el Inventario de Humedales Singulares de Aragón.

(8) Que terminaron en el primer tercio del siglo XX, es decir, que no se puede colegir que la desecación total de la laguna se deba a las obras del siglo XVIII. El FJ 3 de esta STSJ de Aragón recoge: «el informe del Director General de Conservación del Medio Natural del Gobierno de Aragón (folio 225) niega que exista ese daño, pues dice que cualquiera que permita almacenar agua y posteriormente laminarla y regular su utilización no puede causar perjuicio pues el cauce nunca quedará seco. Entiende que desde las labores de desecación

A continuación expondremos las cuestiones relativas a la titularidad y al uso histórico de las aguas que alimentan la laguna del Cañizar, cuestiones jurídicas fundamentales que condicionan los usos agrarios y la recuperación de este humedal y que hacen que actualmente salgan a la palestra normas publicadas hace siglos y entidades tradicionales de gestión de aguas que se rigen según ordenanzas muy lejanas en el tiempo, cuya vigencia se discute por mor de las disposiciones transitorias de las diferentes leyes de aguas.

II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUA DEL RÍO CELLA Y LA LAGUNA DEL CAÑIZAR

1. Consideraciones generales sobre las aguas que originan la laguna del Cañizar

El régimen jurídico de las aguas, en general, se encuentra íntimamente ligado al origen y las circunstancias a las que deben su existencia. Así, es conocido que el impulso publicificador de las aguas continentales en España que se llevó a cabo en virtud de la Ley de Aguas de 1985 no alcanzó de hecho a la mayoría de las aguas subterráneas, ya que en virtud de la opción prevista en el derecho transitorio han seguido y siguen bajo titularidad privada (9).

También es preciso mencionar las aguas de manantiales, lagos, lagunas y charcas cuyos caudales pueden ser privados en atención a derechos históricos y a las circunstancias de la finca donde se encuentren. Cuando hablamos de propiedad fundiaria o más generalmente de propiedad de bienes inmuebles de naturaleza rústica o natural, se hace preciso acudir a la descripción de sus elementos naturales más característicos, con el fin de deslindar, en su caso, su pertenencia al conjunto de bienes públicos demaniales o si pueden encontrarse bajo un régimen jurídico privado, independientemente de que su titular sea un particular o una entidad pública. Por tanto, vamos a exponer brevemente los elementos naturales de la laguna y el origen de las aguas que la alimentan:

El origen de las aguas que dan lugar a la laguna del Cañizar es principalmente subterráneo, gracias a la existencia de un acuífero que aporta caudal tanto al río Gallo como al Jiloca (10), con un discutido origen en la fuente de

de la laguna en el año 1929 hay una acumulación de agua por afloramiento de acuífero subterráneo que determina que en periodos húmedos se llegue a aflorar una extensión de 150 ha, con una lámina de 15 a 30 cm y una vegetación ripícola ligada a zonas húmedas».

(9) S. DEL SAZ, J. M^o FORNÉS y R. LLAMAS (2001). Sobre los humedales en general, M. CALVO CHARRO (1994).

(10) P. GÓMEZ HERNÁNDEZ (1999), cuyo trabajo ofrece una visión general de la cuenca y su degradación ambiental.

Cella como manadero del río Jiloca o en un cauce que atraviesa la laguna (11). En todo caso, de la fuente de Cella parten dos acequias, la de la Granja y la del Caudo y el llamado cauce del Jiloca es en realidad la conocida como «Acequia Madre», denominada también «río Cella» que drena la laguna y se divide en varias más. Por otro lado, la mayor parte de los terrenos que en su día ocupó la laguna están inmatriculados como de titularidad municipal, dado que se exceptuaron del proceso desamortizador de bienes municipales de propios o comunales gracias a la Ley de 1 de mayo de 1855, cuyo fin se atuvo principalmente a hacer frente al déficit del presupuesto del Estado y la deuda pública. Así, según se acordó el 10 de enero de 1867 (12), el Ayuntamiento de Cella alegó ante la comisión provincial de ventas que el prado «denominado Cañizar» se destinaba a ganados de labor y que entendía que estos terrenos podían dedicarse a dehesa boyal, con una extensión de 598 hectáreas (13).

2. Análisis jurídico de los aprovechamientos de las aguas del río Cella

A) Los antecedentes jurídicos sobre el carácter demanial de las aguas del río Cella y la laguna del Cañizar

En el mundo jurídico de las aguas continentales ésta es la primera cuestión que ha de dilucidarse al tratar la cuestión de su clasificación como dominio público hidráulico o si se les aplica el régimen de las aguas privadas (14). Por el examen de la documentación disponible y por los indicios de la actividad de la Confederación Hidrográfica del Ebro (CHE) y del Gobierno de Aragón, entendemos que las aguas que dan lugar a esta laguna son de titularidad pública, cuestión que pasamos a explicar.

A salvo de otra información oficial que pueda contradecir lo que exponemos, ya que depende de una eventual inscripción en el Registro de Aguas de la CHE y otras fuentes públicas, las aguas de la laguna del Cañizar son

(11) <https://lagunadelcanizar.com/elmedio.php> [Consultada el 14 de noviembre de 2020].

(12) Gaceta de Madrid, de 14 de febrero de 1867, p. 2. En 1858, el Ayuntamiento solicitó excluir del proceso desamortizador «la casa consistorial, la escuela de niños, la casa-matadero, la taberna y la fragua como destinadas al servicio público y el prado denominado Cañizar, y el monte del mismo pueblo como de aprovechamiento común», en virtud del art. 2.º de la Ley de 1 de mayo de 1855.

(13) Desde el punto de vista jurídico y en Aragón, *vid.* A. EMBID IRUJO (1993).

(14) Que desmonta el mito de la publicación general de las aguas continentales en España, tal y como se muestra en esta monumental obra sobre las aguas públicas y las aguas privadas: J. L. MOREU BALLONGA (1996: 61 y ss.), donde se habla de aguas de régimen privado y de aquellas con origen en el Antiguo Régimen o comunales.

de titularidad pública o al menos existen importantes indicios y criterios de interpretación que así lo demuestran.

Uno de los elementos de juicio más importantes que tenemos en cuenta es la intervención de una comunidad de regantes o una entidad histórica semejante, organismo de Derecho público que gestiona aguas públicas, ya que en este caso el recurso contra la clasificación de la laguna como humedal protegido se interpuso «en nombre de las Juntas Locales de Santa Eulalia del Campo y Cella y Comunidad de los siete pueblos del río Cella y laguna del Cañizal» (sic). Hay que recordar que ya las Leyes de Aguas de 1866 (15) y 1879 (16) respetaron y mantuvieron las organizaciones anteriores de las comunidades de usuarios, cuya tipología recogía nombres muy distintos y una estructura y funcionamiento muy variados, sin que se acudiera a ninguna forma general de ordenación en las llamadas juntas, comunidades, juntamientos o sindicatos de riegos, existiendo muchos casos de confusión en su día con la Administración municipal (17).

Este es el caso que nos trae gracias a estas Juntas Locales de los pueblos que riegan con las aguas de Cella en este tramo (18) y que en la actualidad han de

(15) Art. 281.2: «Las aguas públicas destinadas a aprovechamientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen especial consignado en sus ordenanzas continuarán sujetas al mismo mientras la mayoría de los interesados no acuerde modificarlo (...).» A esta norma le antecede el art. 279, que habla de «los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos». Y sobre los «antiguos jurados de riegos», el art. 294 establecía que «donde existan de antiguo Jurados de riego, continuarán con su actual organización mientras las respectivas comunidades no acuerden proponer al Gobierno su reforma».

(16) Art. 234: «En los regadíos hoy existentes y regidos por reglas, ya escritas, ya consuetudinarias, de una comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso, por la introducción de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento o distribución de las aguas en el término regable. Pero tampoco tendrá derecho á ningún aumento si se acrecentase el caudal por esfuerzos de la comunidad de los mismos regantes ó de alguno de ellos, a menos que él hubiese contribuido á sufragar proporcionalmente los gastos». El art. 247 recoge del mismo modo lo establecido en la Ley de Aguas de 1866 para los jurados de riego, a la vez que el art. 231 hace lo propio sobre las ordenanzas de riego de las aguas públicas. El art. 201 del RD 849/1986, de 11 de abril, que aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) se hace eco de los vestigios municipales y establece que para la constitución de una comunidad de usuarios en defecto de la persona que éstos designen, el Alcalde de la población en cuyo término radique la mayor parte del aprovechamiento convocará a junta general a todos los interesados, a la vez que prevé que los proyectos de ordenanzas se depositarán en el local de la Comunidad si lo tuviera o, en su defecto, en la Secretaría del Ayuntamiento o Ayuntamientos afectados.

(17) Como recoge S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 501). Una visión histórica de las comunidades de regantes la tenemos en AL-MUDAYNA (1991: 501 y ss.). Sobre los regadíos aragoneses y en especial el período de la Ilustración, *vid.* G. PÉREZ SARRIÓN (1990: 212-270).

(18) Como también lo demuestra el RD de 29 de enero de 1852 (Gaceta de Madrid de 14 de febrero de 1852), que declara nulo todo lo actuado en relación con el pleito sobre el aprovechamiento de aguas de la fuente de Cella, donde ejercen un papel principal los Ayuntamientos de Cella y Villarquemado. Esta cuestión se repite en el RD de 8 de julio

regirse por los art. 81 y ss. del RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA). Estas normas recogen el deber de los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma (19) o concesión de constituirse en comunidades de usuarios, cuyas ordenanzas o estatutos de las comunidades de usuarios ya constituidas seguirán vigentes, en virtud de la disposición final tercera del TRLA (antigua disposición final cuarta de la Ley de Aguas de 1985, que derogó la Ley de Aguas de 1879), sin perjuicio de que, en su caso, hayan de ser revisados «para adaptarlos a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática» (20).

Esta continuidad de las ordenanzas «debidamente aprobadas» de los aprovechamientos colectivos se recoge también el art. 85 del TRLA, lo que implicaría en principio la irretroactividad (21), a este respecto de las comunidades de usuarios, de las reforma practicada por la Ley de Aguas de 1985 (22). Sin embargo, hemos constatado que «en lo que se refiere a la constitución de los regantes como comunidad de usuarios, ésta no se ha adaptado a las prescripciones del TRLA» (23). Y hemos de hacer hincapié a que se trata de comunidades de usuarios, de regantes sobre aguas públicas, que se califican como corporaciones de Derecho público (24) y que, sin perjuicio de grandes

de 1880 (Gaceta de Madrid de 7 de octubre de 1880), que confirma la sentencia de la Comisión Provincial de Teruel de 16 de mayo de 1879, y así lo reflejan también las «Reales Ordenanzas y Providencias dadas por Fernando VI a los siete Pueblos del río Cella para el buen gobierno y distribución de sus aguas y limpias y conservación de sus obras». Normas y ordenanzas de las que hablaremos en este estudio.

(19) Sobre la exigencia de que la toma sea la misma y de la extensión del modelo de las comunidades de regantes a las de usuarios, como industriales o de abastecimiento, *vid.* S. MARTÍN-RETORTILLO (1997: 505).

(20) Cuestión que ha de entenderse de acuerdo no con su significación política general, sino en virtud de la proporción de los derechos de representación que se tengan. J. L. MOREU BALLONGA (1996: 27).

(21) Art. 77 de la Ley de Aguas de 1985.

(22) *Vid.* también el art. 215 del RDPH, sin perjuicio de la posibilidad de modificación, ya que, muy importante a efectos de la conservación del humedal del Cañizar, el «organismo de cuenca, por causa justificada y derivada de la necesidad de garantizar el buen orden del aprovechamiento colectivo, podrá obligar a las Comunidades existentes a actualizar sus Ordenanzas y Reglamentos, quedando facultado para redactar y aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las modificaciones en caso de incumplimiento», a lo que se refiere también el art. 81.1 del TRLA. Unos ejemplos de dictámenes del Consejo de Estado son el n° 1025/2017, de 25 de enero de 2018, y el dictamen n° 910/2016, de 2 de febrero de 2017. Este art. 215 del RDPH puede considerarse, también, que se contradice con el art. 81 y la disposición final tercera del TRLA, que permiten el mantenimiento de sus ordenanzas.

(23) Respuesta parlamentaria n° 184/11455, ya citada.

(24) Art. 82 del TRLA. Sin que obste a la existencia de comunidades de bienes sobre aguas privadas. La casuística es muy variada, pues se dan casos de comunidades de regantes reguladas por normas consuetudinarias y careciendo de ordenanzas (J. L. MOREU BALLONGA

potestades de autoorganización, quedan sometidas a una intensa y estrecha actividad interventora de la Administración hidráulica, por mor, precisamente, de su uso privativo de aguas públicas.

Las ordenanzas que rigen el aprovechamiento, y en nada afectan a su titularidad pública o privada, para el regadío de las aguas del Cella son, como hemos anunciado más arriba, las «Reales Ordenanzas y Providencias dadas por Fernando VI a los siete Pueblos del río Cella para el buen gobierno y distribución de sus aguas y limpias y conservación de sus obras», de 3 de agosto de 1742 (25). Estas Reales Ordenanzas son el fruto de los intentos de poner fin a los litigios entre las localidades de Cella y Villarquemado (26) que se originaban en cuanto al reparto del agua de la fuente de Cella y de la laguna del Cañizar (27). Se caracterizan por detallar el método de regar en las localidades de Cella, Santa Eulalia (28), Villarquemado, Torremocha, Torre-lacárcel, Alaba y Villafranca. Además, se incluye el mantenimiento, protección

(1996: 23). Los intentos de adaptación de las ordenanzas de las comunidades de regantes desde la aprobación de la Ley de Aguas de 1879 se sucedieron con la Real Orden de 25 de junio de 1884, así como las Órdenes ministeriales de 10 de diciembre de 1941, 6 de agosto de 1963 y 13 de febrero de 1968.

(25) Impresas en Teruel en 1925, edición que manejamos para este trabajo. Disponibles en <http://cella.es/wp-content/uploads/reales-ordenanzas.pdf> [Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020].

(26) Con la obligación por parte de Cella de dejar pasar una «teja de agua» a Villarquemado, medida tradicional que también encontramos en otros lugares: J. DE PASSÁ (1844). También se conoce la «teja de agua morisca» en Granada, como lo atestigua el pleito entre el Marqués del Castelar, Conde del Arco, y unos molineros sobre el uso y aprovechamiento de una teja de agua morisca para el riego. Vid. Juzgado de las Aguas de la Real Chancillería de Granada, de 1825: <http://www.granada.org/inet/juzgadoaguas.nsf/wsignatura/C.03517.0045> [Consulta realizada el 5 de noviembre de 2020]. La RAE define la «teja», o «ejarbe de agua», un localismo de Aragón, Navarra y La Rioja, como «cuarta parte de la fila de agua». Y según la RAE, una fila de agua es, en Valencia y Navarra, «una unidad de medida para apreciar la cantidad de agua que llevan las acequias, que varía según las localidades, desde 46 a 85 litros por segundo». En D. J. QUESADA MORALES (2018): «La teja de agua árabe se empleaba como una canalización rentable para conducir el agua de un sitio a otro, y era la medida de grosor de un cauce equivalente al volumen de agua que la teja invertida podía albergar por el espacio que su lado cóncavo generaba. Esta unidad se empleaba como medida de agua en los lugares o comarcas españolas de tradición musulmana, siendo habitual en los ámbitos rurales de la comarca valenciana y en Andalucía». 46 l/s de fila de agua son 1,450656 hm³/año, mientras que 85 l/s equivalen a 2,680560 hm³/año, por lo que una teja variaría entre 0,362664 hm³/año y 0,670140 hm³/año. Estas cifras son muy importantes para que la recuperación de la laguna del Cañizar pueda, en su caso, limitar los usos de esta cuenca. Otras estimaciones calculan en 2 m³/s el caudal que brota de la fuente de Cella: A. BOLEA FORADADA (1978: 416), aunque el caudal varía e incluso ha llegado a secarse.

(27) Descrita por S. LANZUELA MARINA (1987).

(28) J. L. ANDRÉS SARASA (2014), donde se estudian las ordenanzas de la sesma del río Cella de 1545, 1730 y 1742 y el sistema de gestión del agua que comprenden.

y limpieza de las acequias, la cesión del agua entre los regantes de distintas localidades, teniendo en cuenta la preferencia de Cella, el sostenimiento económico del sistema de riego y la previsión de sanciones por incumplimiento del reglamento de los turnos de riego. El reglamento de 1750 complementa las Ordenanzas con un detallado reparto a lo largo del año entre los siete lugares o pueblos. Pero en ningún caso, las Ordenanzas se refieren a cuestiones de titularidad de las aguas en esta época del Antiguo Régimen, a la que tampoco hizo referencia la normativa posterior sobre estos usos o aprovechamiento del río Cella y la laguna. En definitiva, estamos ante una mera cuestión de reparto o de aprovechamiento, de uso en términos jurídicos, de un bien de dominio público, pero no de aguas privadas, como expondremos más adelante.

Las Reales Ordenanzas, su Reglamento y la jurisprudencia recaída sobre este caso guardan un hilo conductor o argumento común: el uso de las aguas y su titularidad. En efecto, el RD de 29 de enero de 1852 trata la disputa entre los ayuntamientos de Villarquemado y de Cella sobre el «aprovechamiento de las aguas procedente de la fuente llamada de Cella». Con origen en la demanda de Villarquemado para que, de acuerdo con la cláusula 20 de las Ordenanzas de 1742 (29), Cella dejara correr «siempre» y «por la acequia del Caudo en tiempo de sus riegos una corta cantidad de agua, como la que vulgarmente dicen una teja de agua», distribuida según el reparto de turnos de riegos, así como otra teja todo el año, obligación cuyo incumplimiento provocó la demanda ante el juez de primera instancia de Albarracín en 1846, es decir bajo la jurisdicción civil. Sin embargo, cuando el caso se llevaba en apelación ante la Audiencia de Zaragoza, el jefe político de Teruel (30),

(29) «Con ser el Lugar de Villarquemado el más inmediato después de Cella a la Fuente de este nombre, es el que ha tiempos que experimenta mayor falta de agua para beber sus habitantes, y ganados, y otros usos precisos, viniendo este Lugar con esta tan penosa escasez, solo por franquear el agua, o detenerla el Lugar de Cella; por lo que queda ordenado que el Lugar de Cella debe siempre dejar correr por la Acequia del Caudo en tiempo de sus riegos una corta cantidad de agua, como la que vulgarmente dicen una teja de agua, para remedio de las personas del Lugar, y pasajeras; y para los ganados mayores, y menores, supuesto que el resto del tiempo pueden socorrerse con la que correrá continua por dicha Acequia del Caudo».

(30) La Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de Teruel de 16 de mayo de 1879 recoge la cuestión de la competencia del jefe político de Teruel ante la de los Tribunales ordinarios. Con la creación de las provincias en las primeras etapas de nuestra historia constitucional, la provincia como entidad administrativa estaba bajo la competencia del gobernador civil, en algunos momentos, llamado «jefe político». Vid. A. NIETO GARCÍA (1996). En virtud de la Real Orden de 22 de noviembre de 1836 y la de 20 de junio de 1839, los jefes políticos tenían la competencia sobre las ordenanzas y reglamentos de policía y distribución de aguas para riegos, molinos y otros artefactos, navegación, pesca, arbolados, o canales, competencia que hoy recae en las Comisarías de Aguas de las Confederaciones Hidrográficas y en los órganos similares del resto de los organismos de cuenca. Sobre la reforma liberal del régimen jurídico de las aguas, vid. J.L. MOREU BALLONGA (1996: 124-158).

con funciones jurisdiccionales en su día, requirió ser el órgano competente, causando la inhibición de la Audiencia en 1849 y la remisión de los autos al Ministerio de Gobernación «por cuyo conducto se pasaron de Real Orden al Consejo Real para su sustanciación» (31). Se tuvo en cuenta además que por la Real Orden Circular de 26 de abril de 1848, se previó que de los pleitos de cuyo conocimiento se inhibieren los Tribunales ordinarios, correspondiendo su competencia a la Administración, se remitieran los autos a los Jefes políticos de las respectivas provincias, en primera instancia, y al Gobierno directamente por conducto del Ministerio de la Gobernación, en segunda o ulteriores instancias, subrayándose la vía gubernativa y la contencioso-administrativa para resolver esta disputa. Es decir, se trataba ya entonces de una competencia pública sobre un bien público, a la luz de la interpretación de unas ordenanzas municipales.

Posteriormente, se publicó el Real Decreto de 8 de julio de 1880, el cual resuelve el pleito sobre el reparto de agua entre Cella y Villarquemado que pendía ante el Consejo de Estado, y examina con mucho detalle todas las cuestiones del caso y sus antecedentes, que desde 1848 se discutían en el orden contencioso-administrativo y en la Administración. Así lo refleja la intervención del Gobernador de la provincia de Teruel, el Jefe de la Sección de Fomento del Ministerio de Fomento, confirmándose la sentencia de la Tribunal Contencioso-Administrativo de Teruel de 16 de mayo de 1879, que declaró lo siguiente:

«(...) la Comisión provincial de Teruel dictó sentencia en 16 de mayo de 1879, por la cual declaró en toda su fuerza y vigor la providencia de 9 de julio de 1868, estimando que el pueblo de Cella debe disfrutar del agua de la fuente de su nombre y a la manera y extensión acostumbrada, y para toda clase de cultivos que se hagan en sus términos, en cuanto la necesite para sus cosechas, sin abusar de ella, ni distraerla a otros usos que a los que sean necesarios, dejando correr libremente para que la aprovechen los lugares inferiores después que haya obtenido aquel objeto, y pueda el Lugar de Villarquemado aprovechar la que discurra por la acequia del Caudo, para fertilizar sus campos, turnando en este sentido los pueblos de Cella y Villarquemado, o sea, que Villarquemado riegue después que Cella lo hubiere hecho, si la cantidad de agua lo permitiese, amparando a Villarquemado en el aprovechamiento del agua de la fuente que se reconoce en la Ordenanza del 42, y providencia de que se trata; que no ha lugar al señalamiento de días fijos de riego a favor del pueblo de Villarquemado, como este solicita, ni al establecimiento de módulos que pretende, ni

(31) Recordamos que la jurisdicción contencioso-administrativa se instauró en España muy poco antes, gracias a la Ley de 2 de abril de 1845, y que no existía una completa separación entre los órganos administrativos y los jurisdiccionales. J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2006). En el ámbito contemporáneo de la Administración municipal, en España se decidió la recepción del Derecho francés, *vid.* A. EMBID IRUJO (1978: 105 y ss.).

a providenciar otra cosa para que tenga efecto la alternativa marcada en las Ordenanzas y reglamento, y debido cumplimiento de la ejecutoria del Tribunal Supremo del año 44; que se atengan todos los pueblos contendientes a las Ordenanzas y Reglamento del año 1742, no cumpliendo solamente una parte de ella y dejando de verificarlo en las demás, sino observando y guardando su totalidad, tanto en lo que se refiere al riego como a la manera de verificar el nombramiento de conservadores, limpias y Juntas anuales y vigilando la Administración activa, en uso de las facultades que le confiere el art. 225 de la Ley de Aguas (32) sobre las de la fuente de que se trata, para evitar su desperdicio, y para que pueda, de este modo, tener la aplicación y distribución que se marca en las citadas Ordenanzas y reglamentos posteriores, y usar el lugar de Villarquemado del derecho a la alternativa que se le reconoce en la forma explicada en esta sentencia (...).

No obstante estas previsiones de los turnos de riego y la jurisprudencia recaída, los problemas no han dejado de suscitarse por los turnos de riego a los largo de los últimos años, como lo recogen las siguientes palabras, por cuya elocuencia las transcribimos (33):

«En la minuciosa fijación de los días de riego de todo un año y para cada municipio se descubren errores de la siguiente naturaleza: – El día en que concluye la tanda de un municipio coincide con el inicio en el municipio siguiente. Se plantea la duda, ¿ese día riegan los dos? Se habrían eliminado muchos conflictos si se hubiera señalado la hora de comienzo del riego en uno u otro municipio. Tarea que se plantean en otros territorios y que se resolvió con los horarios solares. – A lo largo del “año hidrológico” se descubren importantes variaciones en la duración de la tanda para todos los municipios, se prolongan más en periodos de estiaje pero siempre aparece como favorecido Santa Eulalia. – Al principio del periodo se dan tandas de igual o similar duración para todos los municipios, con independencia de la superficie regable o de la naturaleza de los regadíos. Precisamente en los momentos de menor necesidad de agua, puesto que por lo general en primavera es un periodo lluvioso en este territorio. Además, todos los pueblos no gozan del mismo número de tandas. – La repetición de la tanda de agua no especifica por dónde deberá a empezarse a regar, si ahora toca a quien no llegó el agua en la anterior o si corresponde empezar de nuevo. Este vacío dio lugar a que cada municipio tuviera que elaborar su propio reglamento, estableciendo los turnos entre las distintas heredades para evitar los continuos conflictos que se originaban. Generalmente se admite seguir el orden de situación respecto de las aguas abajo, aunque esta medida chocaba frontalmente con las heredades que regaban con las llamadas contraacequias o acequias de menores de ampliación de regadío.

(32) Art. 225 de la Ley de Aguas de 1866, que muy claramente denomina la sección «del aprovechamiento de las aguas públicas para riegos», que se encuadra en el Capítulo XIII «Disposiciones generales sobre concesión de aprovechamientos», del Título Sexto «De las concesiones y aprovechamientos especiales de las aguas públicas».

(33) J.L. ANDRÉS SARASA (1999: 166-168).

Un conflicto que viene agravado por la diferente duración de las distintas tandas y la conveniencia de regar unos días u otros. Aunque en otro articulado de las Ordenanzas expresa la idea de empezar en el sentido de proximidad al cauce. – El calendario no sigue siempre el mismo orden con los lugares por lo que surgen conflictos entre los diferentes pueblos, en particular de aquellos que ven pasar el agua por su término y ellos tienen que esperar varios días para aprovechar el agua. Parece que el orden se fija en razón a la superficie regable y a la influencia política del lugar. En este caso Santa Eulalia es el lugar más beneficiado, llegando a tener tandas de hasta quince días. En cambio, Villafranca y Villarquemado son las más perjudicadas pues se quedan sin agua para el abastecimiento de sus poblaciones, al menos sin agua con garantías higiénicas. – El calendario que se transcribe induce a pensar que estamos ante una sociedad rural desligada de las festividades establecidas por la Santa Madre Iglesia, puesto que en fechas muy señaladas se adjudica riego y sería muy complicado trabajar. Más acertado será pensar que no siempre hay necesidad de riego aunque corresponda tanda y no importa dejarla pasar. Pero se da la circunstancia que los días más señalados no le toca regar a los lugares más influyentes, por lo que el resto, además de tener menos tandas, en algunas circunstancias deberán dejar pasar la que les corresponde en razón a la festividad que se celebra. Hay que tener en cuenta que en aquella sociedad rural casi el cincuenta por ciento de los días eran señalados de guardar por la Santa Madre Iglesia y había que respetarlos. – Por último, insistir en que dos lugares, Santa Eulalia y Cella, salen claramente favorecidos con este calendario. El segundo riega cuando quiere y el primero casi. El abastecimiento a las poblaciones hace referencia expresa a dos lugares, el de Villarquemado y el de Villafranca, son los únicos que plantean problemas, aunque por razones bien distintas. El problema de Villarquemado deriva de las facultades que le otorgan a Cella para regar a su antojo o retener el agua. Por esta razón el Reglamento reconoce que Villarquemado, pese a ser el más cercano a la Fuente, después del de Cella, es a su vez el que experimenta mayor falta de agua para beber sus habitantes, para el ganado y otros usos de la población. Para remediar esta situación se ordena que el lugar de Cella dejará siempre correr por la acequia de Caudo, en tiempo de sus riegos, una cantidad de agua que se estima en una teja, volumen necesario para el abastecimiento de todas las necesidades que Villarquemado presenta en ese momento. El caso de Villafranca es todo lo contrario al anterior, puesto que su problema se deriva de estar situado a cola de las infraestructuras, por lo que soporta la carestía en los riegos de todos los lugares situados hacia cabecera de las aguas. Por este motivo se fija que ningún lugar puede detener en la acequia madre la poca agua que pase entre las tajaderas del lugar regante, ni hacer parada alguna para desviar esta cantidad de agua, aunque se permite que beban de ella los ganados del lugar, deberá dejar paso libre del agua para que Villafranca remedie sus problemas».

B) El actual régimen jurídico aplicable a las aguas del río Cella y la laguna del Cañizar: carencia de amparo jurídico del actual aprovechamiento privativo de estas aguas públicas basado en títulos históricos

a) Análisis de las aguas del río Cella, de su fuente y manantiales

Hemos comprobado cómo a través de los siglos XVIII y XIX se sucedieron los episodios de conflicto entre el uso, que no sobre la titularidad, de las aguas de la fuente de Cella, el río y la laguna del Cañizar. Lo propio no cesó en el siglo XX, cuando se manifestaron otros casos en los que se demuestra el carácter de dominio público hidráulico de las aguas y laguna. A este respecto, no hemos de dejar de advertir que cuando en las Reales Ordenanzas dadas a los Siete Pueblos del río Cella de 1742 se habla de propiedad o de pertenencia (34), estamos hablando en realidad de uso o aprovechamiento. Como refleja la

(34) Como la cláusula 14, sobre cesión de agua entre los municipios «de la que por el reparto de estas Ordenanzas le perteneciere» o cuando la Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de Teruel de 16 de mayo de 1879 dice en su primer considerando que «el propietario y primer usufructuario de las aguas, por razón natural es el dueño de aquel terreno en que nacen o se alumbran (...) la Fuente de Cella debe considerarse como del pueblo de su nombre», a la vez que en su segundo considerando habla de «la justificación de la propiedad por descubrimiento de las aguas [de Cella y su fuente]» o cuando en su considerando sexto se dice que «hay méritos para reconocer al pueblo de Cella el señorío de la Fuente de su nombre y a sus aguas, el dominio que en ellas puede tener no es tan absoluto que no admita limitación». Sobre esta cuestión, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS (1968: 494-495) explica: «Puede parecer un contrasentido el hecho de que se hable constantemente, incluso en documentos públicos, de "propiedad privada" de aguas públicas. No solamente en materia de aguas, por desgracia, sino en cualquier parcela demanial, se utilizan equívocamente vocablos que no tienen el contenido típico que se les da en otras ramas del Derecho. La Ley de Puertos y la misma Ley General de Obras Públicas manejan sin rigor científico ni técnico los conceptos de dominio público y propiedad del Estado, queriendo indicar con ello que los bienes demaniales no tienen titular por ser de propiedad común, colectiva o nacional, lo que, por cierto, se manifiesta también en la Ley de Aguas, cuando se dispone en el artículo 188 la reversión a la comunidad de regantes del "dominio colectivo" de las presas y acequias a que se refiere. Se olvida en estos casos que uno es el concepto sociológico y político de los bienes, y otro el jurídico, de tal forma que la titularidad en todo caso pertenecerá a una persona jurídica, llámese Estado o de otra forma, con regímenes distintos si se quiere, según la naturaleza concreta de los mismos. Esta carencia de rigor en nuestras leyes del siglo XIX y aun en muchas posteriores, tiene una base histórica innegable, que ha producido un confuisionismo, razonable y excusable (...) Al producirse el derrumbamiento del régimen absoluto, los juristas constitucionales del siglo XIX se encontraron ante la necesidad de clarificar la situación de muchas instituciones y bienes. Respecto de éstos, la labor fue difícil y aun hoy padecemos muchas de las consecuencias de entonces, porque la utilización indiscriminada de los vocablos "propiedad" y "concesión", hacía y hace difícil separar ambos conceptos. Son muchos los títulos jurídicos que utilizan la palabra propiedad, para referirse al dominio público, y muchas de nuestras Leyes, como dije antes, adolecen del mismo defecto (así ocurre con las primeras normas en España sobre minas)».

mejor doctrina, S. MARTÍN-RETORTILLO (1996:152-153), la terminología ha sido confusa en cuanto al empleo de los conceptos del «dominio útil» y «dominio directo», tal y como recuerda sobre un importante dictamen del Consejo de Estado de 29 de noviembre de 1952 recaído sobre la pretendida atribución de propiedad privada sobre las aguas públicas (35), cuestiones sobre las que se ha pronunciado el TS en algunas ocasiones (36).

(35) Que por su interés nos atrevemos a transcribir sus elementos más importantes: «Y este Consejo de Estado expuso su parecer respecto a otra razón general que motiva el empleo, totalmente inadecuado, del término propiedad particular en materia de dominio público. Se trata en este aspecto de una reminiscencia, quizá inconscientemente conservada, de lo que en el momento de surgir el concepto de la concesión administrativa demanial tenía indudablemente una adecuada significación. La idea de la concesión de dominio surge, en efecto, como se indica en el preámbulo de la Ley de Aguas, a partir de las regalías medievales, suponiendo en consecuencia un ámbito de facultades y poderes que reservados en principio al Príncipe puede este trasladar a manos de particulares, implicando sin embargo este traspaso de funciones y poderes una dación al súbdito de modo limitado, esto es, conservando siempre el concedente una facultad exorbitante que en la terminología de esta época de los dominios divididos, aparece bajo los calificativos de dominio útil y dominio directo; terminología esta que fuerza la confusión entonces vigente entre el *dominium* y el *imperium*. Ligada la idea concesional al concepto imperante de los censos, no es extraño por ello que en la mayor parte de las concesiones que arrancan de esta época, se emplee el término de dominio y propiedad aludiéndose siempre al dominio y propiedad útil, que desgajado del dominio eminente que se reservaba el Príncipe, permitía estructurar dos suertes de propiedades heterogéneas en las regalías menores (...) Implica todo esto en consecuencia que lo único que puede pasar a manos del particular es el dominio útil reservándose siempre el poder público el dominio directo sobre la cosa. Esta terminología censual (*de concessione ad emphyteusis valet argumentum*) es en la actualidad totalmente impropia, mas sin embargo hay que acudir a ella como adecuada interpretación, cuando bien en textos legislativos, en convenios o Estatutos de Comunidades de Regantes se encuentra utilizada la expresión. En este sentido hay que entender que allí donde se hable de dominio público y de una propiedad atribuida a los particulares sobre el mismo, se está hablando en realidad de un dominio público y de una concesión demanial sobre el mismo, o si se quiere para emplear los términos que se utilizaban en la época en que el concepto de la concesión de dominio surgió como tipo jurídico, de una separación entre el dominio útil y del dominio directo y de la atribución del primero a un particular (...). La interpretación que se ha dejado expuesta es la única admisible en Derecho». Este dictamen también se recoge en F. FUENTES BODELÓN (1968: 60). La distinción de los elementos del dominio desmembrado también se recoge por el Consejo de Estado en su Dictamen 536/1991, de 30 de mayo de 1991, sobre las Bardenas Reales de Navarra: el Estado es el titular del dominio útil, por el que «las facultades que éste le confiere no se limitan a un mero derecho expectante de recobro o reversión sino que también está habilitado para preservar el destino de los terrenos, evitar su deterioro, intervenir en su disposición y defensa». El Monasterio de la Oliva y los pueblos y valles congozantes son los titulares del aprovechamiento («un dominio útil atípico»), mientras que los vecinos son «los que gozan privativa y perpetuamente de los terrenos», ya que «los pueblos no se aprovechan directamente de las Bardenas».

(36) La STS, Sala 3ª, de 31 de mayo de 1972, rechaza las pretensiones de la comunidad de regantes de Burriana, del río Mijares, que alegó títulos históricos del siglo XVI ante el reparto del agua impuesto por la Administración, donde «el alto Tribunal no teorizó sobre la disposición transitoria de la ley de aguas [de 1879] pero afirmó en su cuarto considerando

Esta clara e indubitada manifestación de que las aguas del río Cella y las de la laguna del Cañizar son de dominio público hace que no sea de aplicación lo previsto en la disposición transitoria segunda de la ley de Aguas de 1985 sobre las aguas privadas procedentes de los manantiales de la cuenca del Cella (37) o pozos artesianos muy peculiares como el de la fuente de Cella.

que los títulos históricos alegados y que se referían a la propiedad de las aguas del río Mijares “hay que interpretarlos en un sentido causal de cesión del dominio útil de una regalía, y en este sentido es como hay que acatar la primitiva propiedad de los cuatro pueblos de La Plana, Castellón, Villarreal, Burriana y Almazara sobre las aguas del río Mijares, confirmada por varios reyes y por el Infante Don Pedro en 13 de abril de 1346”», reconociéndose tendencialmente su consideración de aguas públicas (J. L. MOREU BALLONGA: 1996: 160). Este autor recoge otras sentencias del Tribunal Supremo dictadas bajo la Ley de Aguas de 1879, anteriores por tanto al criterio general de publicación de la Ley de Aguas de 1985, que incluso niegan la validez y eficacia de los títulos históricos, como la STS, Sala 3ª de 2 de abril de 1970, que reconoció la validez de los caudales impuestos por la Administración hidráulica sobre las aguas del río Chico y rechazó su carácter privado a pesar de una sentencia de la Real Chancillería de Granada de 1738 y un apeo de 1572.

(37) En la versión de la Ley de Aguas de 1985 se publicó: «1. En el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, los titulares de algún derecho conforme a la legislación que se deroga, sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte, podrán acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el Organismo de cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Dicho régimen será respetado por un plazo máximo de cincuenta años. Quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud del título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente Ley. El carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria para la Administración hacia quien la ejercite, como consecuencia de la transformación del derecho. 2. Transcurrido el plazo de tres años previsto en el apartado 1, sin que los interesados hubieran acreditado sus derechos, aquéllos mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. 3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley». El TRLA redacta de esta forma lo anterior: «1. A los titulares de algún derecho conforme a la Ley de 13 de junio de 1879, sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte y hubieran obtenido su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, les será respetado dicho régimen por un plazo máximo de cincuenta años, a contar desde el 1 de enero de 1986. Quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.2. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos con arreglo a la disposición transitoria segunda 1, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la

En todo caso y si llegaran a considerarse patrimoniales del ayuntamiento de Cella, estas aguas se encontrarían sujetas a la intervención protectora del organismo de cuenca (38), por lo que no se aplicaría lo dispuesto de modo general sobre las aguas privadas en la disposición transitoria cuarta (39) ni en el art. 257 de la Ley de Aguas de 1879 (40) sobre derechos sobre aguas

totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley». Como vemos, tampoco es el caso de la fuente de Cella, el río Cella ni la laguna del Cañizar, pues no nos consta su reconocimiento como aguas privadas bajo la Ley de Aguas de 1879, de acuerdo con los criterios de la disposición transitoria cuarta del TRLA, y sí la incoación de unos expedientes concesionales en 1952 y 1963, al parecer no resueltos hasta la fecha.

(38) Disposición transitoria segunda: «4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refiere esta disposición transitoria les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico». Igual redacción consta en el TRLA. La disposición transitoria tercera del TRLA, sobre aguas de pozo y galerías, establece que estos serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, pero si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas. De igual forma, le serán aplicables las normas de sobreexplotación de acuíferos, sequía grave, urgente necesidad y sobre las limitaciones generales del uso del dominio público hidráulico. En todo caso, el aumento de los caudales totales utilizados y las modificaciones de sus características de aprovechamiento requerirán «la oportuna concesión que ampare la totalidad e la explotación», de acuerdo con los detalles de la disposición transitoria tercera bis.

(39) Que se entiende aplicable, por la diferencia entre el régimen transitorio de las aguas de manantiales y la de pozos o galerías, a las de los ríos, lagos y lagunas: «1. Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos, y a los efectos previstos en las disposiciones transitorias segunda y tercera. 2. Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determine reglamentariamente. El Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca. 3. Los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el artículo 109 de la presente Ley».

(40) «Todo lo dispuesto en esta ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad á su publicación, así como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias y de fuentes ó manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden ó permutan como propiedad particular». La STS, Sala 1º, de 16 de abril de 1998, recaída sobre la vigencia de una concordia o sentencia arbitral sobre el reparto de las aguas del río Queiles entre Tarazona y Tudela, con orígenes en títulos medievales, establece en su FJ 5 que reconoce lo entonces pactado entre las comunidades de regantes «si bien que alterado el régimen jurídico de las aguas por las sucesivas Leyes generales de 1879 y 1985, el "ius variandi" le corresponde a la Administración, dado el carácter demanial de las aguas

privadas existentes con anterioridad, ya que hablamos de aguas públicas en el ejemplo del Cañizar.

Como reconoce la propia Administración (41) «no consta en la Sección A del Registro de Aguas un aprovechamiento concesional a favor de los regantes de la Junta de Aguas del río Cella y Acequia del Cañizar» y, contrariamente a lo que puede interpretarse, tampoco puede darse carta de naturaleza al aprovechamiento por no apreciarse que realmente se aplicase, a efectos del reconocimiento del aprovechamiento privativo de estas aguas, la Real Orden de 13 de noviembre de 1929 (42): esta norma lo único que regulaba era la inscripción por medio simplemente de la aprobación de las ordenanzas de las comunidades de regantes, sin necesidad de aportar información posesoria concreta sobre aforos y demás datos del uso de las aguas, si se contaba con una antigüedad superior a veinte años. Sin embargo, al no constar en el Registro de Aguas esta inscripción, se corrobora el dato de que se incumplió la obligación de inscripción establecida por el RD n° 33 de 7 de enero de 1927 (43) al que se refiere la Real Orden que acabamos de citar.

La debida inscripción en el Registro de Aguas de las aguas públicas y el que las comunidades de regantes, tengan o no origen en entidades tradicionales como las juntas de aguas, deban constituirse sobre aguas públicas ha sido reconocida en la reciente STS, Sala 3ª, Sección 4, de 13 de marzo de 2015, que con ocasión de la negativa de la Administración hidráulica a que una Comunidad de Regantes accediera al cambio de la Sección A), relativo a aguas públicas, a la Sección C), relativo a aguas privadas, del Registro de Aguas, se afirma que (FJ 5 y 6):

«Las Comunidades de Regantes se crean en las Leyes de Aguas 1866 y 1879. Concretamente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1866 ya se declara que “la mancomunidad de intereses a que dan lugar los aprovechamientos colectivos de aguas públicas exige una administración común. Esta ha sido encomendada desde la más remota antigüedad a Juntas elegidas por los mismos interesados, que con la denominación de Sindicatos, han cuidado de la Administración de los fondos comunes y de la buena distribución de las aguas con arreglo a las Ordenanzas

y la necesidad de utilizarlas al mejor servicio del bien común, y con sujeción a las leyes. El propio recurrente recuerda el fin del carácter patrimonialista de las aguas y su pertenencia al dominio público, lo que contradice su pretensión de imponer a Tudela su propia determinación». Es decir se reconoce la retroactividad de las leyes de aguas frente a la petrificación de usos históricos, calificada como la «pátina de los pergaminos», en expresión del jurista Juan Latour Brotóns, recogida en J. L. MOREU BALLONGA (2000: 15), obra en la que se critica el planteamiento del Dictamen del Consejo de Estado de 29 de noviembre de 1952, ya citado, sobre la distinción entre dominio útil y dominio eminente.

(41) Respuesta parlamentaria n° 184/11455.

(42) Gaceta de Madrid, n° 329, de 25 de noviembre de 1929.

(43) Gaceta de Madrid, n° 8, de 8 de enero de 1927.

especiales". Y en el artículo 279 de dicha Ley dispone que "en los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para el riego (...) se formará necesariamente una comunidad de regantes". Por su parte, la Ley de Aguas de 1879 se expresa en término idénticos cuando, en el artículo 228, dispone que "en los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, se formará necesariamente una Comunidad de Regantes". De modo que el régimen de las Comunidades de Regantes se anuda, desde antiguo, desde sus inicios, a la titularidad de aprovechamientos sobre aguas públicas. Por lo que no es posible ahora, al socaire del régimen transitorio de la Ley de Aguas de 1985, que una Comunidad de Regantes sea titular de un aprovechamiento de aguas privadas que nunca tuvieron. Por ello, cuando se trata de aguas privadas habrá de estarse a la regulación de las comunidades de bienes que establece el Código Civil, mientras que cuando se trata de aprovechamientos de aguas públicas ha de seguirse cuanto dispone el TR de la Ley de Aguas, sobre las Comunidades de Regantes. Teniendo en cuenta, naturalmente, que se tiene la titularidad del aprovechamiento no su propiedad (...). La sentencia, en consecuencia, debe ser casada porque la Comunidad de Regantes recurrente en la instancia no puede pretender con éxito ese cambio registral, de la Sección A) a C) pues, atendida la naturaleza de estas comunidades, que no pueden ser titulares de aprovechamiento de aguas privadas, a que se refiere precisamente la Sección C), ni siquiera, insistimos, por aplicación del régimen transitorio».

Este criterio es plenamente aplicable al caso de las aguas del Cañizar, máxime teniendo en cuenta que no nos consta el que se haya intentado nunca mantener la naturaleza jurídica de estas Juntas de Aguas de las localidades ribereñas. En cambio, sí nos consta que existen expedientes de adaptación de estas juntas al ordenamiento vigente y sobre otorgamiento de una concesión demanial (44).

Existe jurisprudencia incluso sobre casos concretos de la cuenca del Ebro, que recogen supuestos de derechos históricos muy antiguos sobre antiguas regalías de la Corona de Aragón (45) y las propias aguas del río

(44) Como reconoce un documento oficial de la CHE remitido a la Red de Impulso Rural del Jiloca, de 11 de junio de 2020, en el que al hilo de una serie de reuniones con el fin de proseguir en los trabajos de restauración de la laguna de Cella, se dice que «se hizo hincapié y así se comprometieron [los regantes] en dar de alta en el Registro de Aguas de esta Confederación a la Comunidad de Regantes de Aguas del río Cella y Acequia del Cañizar sin que hasta la fecha se tenga constancia de que tal circunstancia se haya producido».

(45) STS, Sala 3ª, de 24 de octubre de 1968, recaída sobre el carácter público del río Veral (Huesca), en la que se adujo sin éxito la validez de un privilegio dado en Jaca en 1272 y su inscripción en el Registro de la Propiedad como aguas privadas. J. L. MOREU BALLONGA (1996: 163). O el caso de la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 1959, sobre el Canal de Piñana (Lérida) y la cesión que en 1154 hizo Ramón Berenguer IV, reconociéndose la competencia de la Administración para ajustar y repartir los caudales. El prof. Moreu Ballonga, entiende sobre este caso que reconoció facultades públicas «para alcanzar un resultado socialmente aceptable, que requería no marginar posibles decisiones de la Administración o de la comunidad de regantes en nombre de una decisión tomada en

Jiloca (46), con el entendimiento de que, reconociéndose la existencia de aguas privadas en España debido a títulos históricos y la amplia irretroactividad de la legislación liberal de aguas, «es socialmente más razonable que todas las aguas sean públicas y que no haya derechos adquiridos definitivos sobre las mismas; que los derechos al aprovechamiento estén limitados temporalmente y siendo eventualmente prorrogables de modo condicionado a que cumplan su función social» (47). A lo que se añade el que en aras de la seguridad jurídica, en numerosas ocasiones se dificulta la distinción entre las aguas públicas y las privadas debido a tales títulos históricos difusos y muy lejanos en el tiempo en muchos casos. Al respecto, el prof. Moreu Ballonga afirma «con todo, creo que, como fue más frecuente en el antiguo régimen que los titulares del dominio eminente o de la regalía sobre las aguas concedieran meramente el dominio útil sobre las mismas y fue excepcional que transfirieran su plena titularidad sobre ellas, podemos hoy presumir que son públicas las aguas sobre las que subsisten derechos derivados de dichas concesiones hechas bajo el antiguo régimen y que, por tanto, quien pretenda sostener el carácter privado (de particulares, o de comunidades de regantes, o municipal) de esas aguas deberá demostrarlo» (48).

Tras exponer y comentar diversos criterios que abundan en el carácter público de las aguas de la fuente de Cella, del río Cella y de la laguna del Cañizar, contamos con otras fuentes por las que entendemos que se trata de aguas públicas, como es la STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 18 de mayo de 2016, dictada con ocasión del recurso interpuesto por las Juntas Locales de Santa Eulalia del Campo, Villafranca y Torremocha contra la Confederación del Ebro contra la vía de hecho por las

1154 por Ramón Berenguer IV. Probablemente éste había cedido a la villa de Almenar, y en propiedad, las aguas del canal o acequia de Piñana y no sólo el cauce o caja del mismo, pero el Tribunal Supremo transformó un tanto oscuramente la eficacia de aquella originaria cesión para alcanzar, como decía, un resultado mínimamente razonable desde el punto de vista social. Piénsese, sin embargo, todavía, qué difícil hubiera resultado al alto Tribunal no acoger estrictamente los efectos poco razonables de aquella originaria cesión del siglo XII si hubiera existido y se hubiera alegado en el pleito un documento de la cesión que hubiera determinado la propiedad de unos caudales estrictamente cuantificados (cfr. art. 152 de la anterior Ley de Aguas). Por eso creo que este supuesto resulta muy ilustrativo de lo peligroso que puede resultar un planteamiento legal de defensa y mantenimiento a ultranza de los derechos adquiridos». J.L. MOREU BALLONGA (1996: 167-168).

(46) STS, Sala 3ª, de 1 de junio de 1931, recaída sobre el río Jiloca (o Giloca) en Fuentes de Jiloca, en el que este municipio y su comunidad de regantes acudieron infructuosamente a una sentencia arbitral de 26 de junio de 1581 por el Inquisidor Mayor del Reino de Aragón, ratificándose una orden del Gobernador Civil que imponía la destrucción de azud levantado por estos vecinos para derivar aguas para el riego. J.L. MOREU BALLONGA (1996: 173).

(47) J.L. MOREU BALLONGA (1996: 165).

(48) J.L. MOREU BALLONGA (2000: 26).

obras de restauración de la laguna del Cañizar, obras que comenzaron en 2004, recurso que se desestimó. Lo que nos interesa ahora de esta sentencia es que en su FJ 2 se dice expresamente:

«Comienza la parte recurrente poniendo de manifiesto que la laguna del Cañizar fue hasta el siglo XVIII un humedal, procediéndose el 1742 a su drenaje recibiendo el cauce excavado el nombre de Acequia Madre (o río Cella) que abastecía el sistema de riegos utilizado por los siete pueblos circundantes, aprobándose las Reales Ordenanzas de distribución de Agua y procediéndose a la creación de las correspondientes Juntas Locales de Aguas y la Junta General de Aguas, siendo los derechos de riego inscritos en la Comisaría Central de Aguas mediante resolución de 16 de enero de 1963».

Por tanto, ya en esta fecha se solicitó la inscripción del derecho al aprovechamiento privativo de las aguas del río Cella y del humedal, aguas que son públicas por tanto y cuyo aprovechamiento se encontraría inscrito, extremo no constatado oficialmente, en el Registro de Aguas (49). Tal eventual inscripción comprendería en mi opinión las aguas alumbradas de la fuente de Cella, dados los antecedentes que hemos expuesto más arriba, a cuyo contenido no hemos podido tener acceso hasta la fecha, derechos de agua a los que tampoco se le reconoció la responsabilidad patrimonial de la Administración (FJ 7) ante la alegación de las Juntas Locales por el empleo de «aguas cuyos derechos tenían los regantes y no se dispone de la misma cantidad de agua que se disponía».

Y de modo muy importante para la pervivencia de los usos del regadío con aguas del río Cella y de la laguna del Cañizar, el prof. Moreu Ballonga (1996:32-33) afirma «que la consecuencia práctica de la interpretación defendida sobre el número de la disposición transitoria primera es que desde el día primero de enero de 1989 la Administración habrá podido legalmente impedir la continuidad de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por usucapión y no inscritos en el Registro de Aguas en el plazo legal de los tres años. Incluso si la Administración no ha impedido la continuidad de esos aprovechamientos los derechos en ejercicio de los cuales se realizaban estarían extinguidos y no podrán ya renacer por nueva usucapión». Todo ello sin que quepa otorgar carta de naturaleza a los eventuales intentos de dar cabida a la prescripción adquisitiva en sede administrativa de esos usos con un origen ciertamente lejano en el tiempo (50). Esta prescripción tampoco puede tener acogida en nuestro ordenamiento jurídico dado que de bienes demaniales se

(49) Indispensable para conocer las condiciones esenciales del uso privativo de estas aguas públicas.

(50) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2007: 36).

trata (51), dominio público al que por ser *res extra commercium* le es aplicable en todo supuesto el art. 1936 del CC, que establece la prescripción respecto de «todas las cosas que estén en el comercio de los hombres» y, *a sensu contrario*, se colige que los bienes públicos son, por tanto imprescriptibles, como reza también el art. 132 de la CE (52).

Hemos de detenernos ahora en la importante cuestión de los derechos de usos privativos de aguas públicas, en el caso de que no constaran éstos en el actual Registro de Aguas, puesto que el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley de Aguas de 1985 se refería a la inscripción de los derechos de aprovechamiento adquiridos por usucapión sobre aguas públicas (53) por un período de 20 años (54). Dándose esta última circunstancia, se habrían tendido que inscribir previa acreditación de los aprovechamientos en el plazo de tres años desde el 1 de enero de 1986, fecha en la que entró en vigor la Ley de Aguas de 1985, cuestión que no nos ha sido corroborada. Por tanto, creemos que, como apunta el prof. J. L. MOREU BALLONGA (1996: 30-31), que podrían haberse legalizado los derechos del aprovechamiento de la laguna del Cañizar y del río Cella:

«sólo si se acreditan e inscriben los mismos en el Registro de Aguas en el plazo de tres años. O sea, que si no se hace así los derechos contemplados no podrán legalizarse y se extinguirán (...) Debe tenerse en cuenta, además, que la

(51) Dada la tradición romanista y sobre todo desde la Real Orden de 20 de septiembre de 1859. Esta norma atribuye de modo exclusivo en el Estado la titularidad para el otorgamiento de la concesión de aprovechamientos de aguas de los ríos y decreta que «se abstengan los Ayuntamientos de extralimitar sus atribuciones concediendo permisos para esta clase de aprovechamientos que únicamente puede otorgar el Gobierno Supremo». Tal es el caso del río Cella y la laguna del Cañizar y así citamos la histórica influencia municipal en la materia, especialmente a través de las Juntas Locales. También contamos con el RD de 29 de abril de 1860, que establece las bases para el otorgamiento de concesiones, el art. 33 de la Ley de Aguas de 1866 y art. 4 de la Ley de Aguas de 1879, antecedentes directos de la publicación generalizada de nuestras aguas continentales del art. 2 del TRLA. S. MARTÍN-RETORTILLO (1960:15).

(52) Imprescriptibilidad que se liga de forma íntima a la inalienabilidad propia del dominio público: *quod quae non possunt alienari, non possunt praescribi*.

(53) «Podrán legalizarse, mediante inscripción en el Registro de Aguas, aquellos aprovechamientos de aguas definidas como públicas según la normativa anterior, si sus titulares acreditaran por acta de notoriedad, de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria y en el plazo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años. (...). El derecho a la utilización del recurso se prolongará por un plazo de setenta y cinco años, contados desde la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales». Seguimos aquí a J.L. MOREU BALLONGA (1996: 28-45).

(54) Plazo de usucapión por uso ininterrumpido que se recogía en los arts. 8, 11, 13 y 179 de la Ley de Aguas de 1879.

interpretación que defendiendo es coherente con el drástico criterio prohibitivo de la usucapión adoptado por la propia Ley de Aguas de 1985 (art. 50.2º), criterio prohibitivo que vendría potenciado así incluso por una intensa eficacia retroactiva de la prohibición (...). Podríamos decir que nuestro legislador, en esta disposición transitoria primera, intentó extraer con todo el rigor las consecuencias derivadas del principio de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público impidiendo tanto la posibilidad de concesiones perpetuas sobre aguas públicas como la posibilidad de subsistencia indefinida de derechos sobre aguas públicas adquiridos por usucapión».

No podemos dejar de lado tampoco el principio de nuestro Derecho de Aguas por el que el aprovechamiento privativo se adquiere por «disposición legal o por concesión administrativa», eliminándose desde la Ley de Aguas de 1985 el criterio de la prescripción adquisitiva como título para este aprovechamiento privativo, como estableció la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 23), y como reza el art. 52.2 del TRLA (55). Por tanto, siendo relativamente reducido el ámbito de la atribución de un uso privativo por disposición legal, el régimen general gira alrededor de la figura de la concesión administrativa: «el principio general de la adquisición por concesión, es decir, previa intervención administrativa constitutiva de aquel derecho, principio que, sin lugar a dudas, figura entre las bases del sistema concesional en materia de aguas» (STC 227/1988, FJ 23 c). En el caso del río Cella y la laguna del Cañizar no nos consta ningún documento sobre la prescripción adquisitiva del derecho al aprovechamiento de esas aguas y sí, sin embargo, la incoación de un expediente de concesión demanial. De esta forma, se da por cerrada la eventualidad de esta vía, independientemente de los concretos caudales aprovechados, en estrecha relación con la necesaria acta de notoriedad que acreditara en el plazo del 1 de enero de 1986 al 1 de enero de 1989 el aprovechamiento durante ese plazo de veinte años, así como el modo y forma de su disfrute.

Y acerca de otra vía para otorgar amparo legal a los usos actuales del agua, tampoco sería posible acudir a la denominada «concesión de hecho»,

(55) «No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico». De este modo, queda derogado el art. 409 del CC desde la Ley de Aguas de 1985: «El aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere: 1. Por concesión administrativa. 2. Por prescripción de veinte años. Los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten, en el primer caso, de los términos de la concesión y, en el segundo, del modo y forma en que se haya usado de las aguas». Recordamos que la prescripción adquisitiva se recogió en las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 para reconocer situaciones anteriores, inmemoriales y toleradas por esos veinte años por la Administración, sin título original de la concesión y fundada en la simple posesión, pero que sirvió, en realidad, para que aumentaran los aprovechamientos abusivos ante la expectativa de una eventual prescripción, la elusión de los trámites para obtener una concesión y la más que probable inactividad de la Administración. S. MARTÍN-RETORTILLO (1996: 248-255).

que se predica de las concesiones de servicios públicos del ordenamiento de los contratos del sector público (56). Tampoco podría acogerse la figura de la concesión demanial en precario del art. 55 del TRLA, ya que en este caso no nos hallamos ante caudales reservados (57) o comprendidos en algún plan del Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, que no consolidarán derecho alguno ni darán lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones (58). Sea dicho lo anterior teniéndose presente que existen argumentos muy sólidos para que tampoco pueda otorgarse eventualmente una concesión en precario sobre estas aguas públicas, puesto que de acuerdo con el art. 93.5 y el 92.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), entre los elementos que han de incluir las concesiones no podrá contarse con la revocación unilateral sin derecho a indemnización, elemento clave del precario administrativo (59).

De modo muy importante, hemos de detenernos en las características concretas del aprovechamiento integral del Cella para dar ya una respuesta concisa a la cuestión de la titularidad de sus aguas. En efecto, acudiendo al

(56) Definido en el art. 13 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Sobre la concesión de hecho, *vid.* F. J. BAUZÁ MARTORELL (2012: 87), que niega la equiparación posible con la concesión demanial: «Es importante distinguir esta figura del particular que directamente ocupa bienes y recursos públicos (cerramientos que invaden caminos vecinales, consumo de agua en acequias por encima de las tandas horarias adjudicadas...) por un interés exclusivamente propio y en contra de la colectividad».

(57) S. MARTÍN RETORTILLO (1996:221). Sin que se consolide derecho alguno ni puedan lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones (art. 55.3 del TRLA). Las reservas aquí previstas se han de recoger en los respectivos planes hidrológicos de cada demarcación hidrográfica, según los arts. 4, 20 y 21 del RD 907/2007, del Reglamento de la Planificación Hidrológica. Citamos como ejemplo los riegos del Alto Aragón de la Ley de 7 de enero de 1915. I. CARO-PATÓN CARMONA (1997: 244).

(58) Lo que en cualquier caso implica dejar sin efecto los actos administrativos y sin derecho a compensación económica alguna, en contradicción con los principios de legalidad y tipicidad de los actos administrativos. *Vid.* R. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2012: 309-313). Como señala este autor «la finalidad institucional del precario (...) consiste en servir de protección del destino primero del bien, su uso común o normal, subordinando a esta afectación principal la efectividad y mantenimiento de las afectaciones secundarias creadas por los títulos que confieren estos aprovechamientos. Mediante la cláusula de precario se quiere impedir que tales utilizaciones puedan eludir el ordenado cumplimiento de las exigencias propias de la finalidad primera a la que el bien se halla vinculado. Se trata en definitiva, de imposibilitar que la consolidación de dichos aprovechamientos produzca *de facto* un cambio en la afectación del bien». Como explicamos en este trabajo, ni siquiera puede pretenderse acudir a la figura del precario administrativo, pues no nos consta la existencia de una concesión en tal sentido que guarde este tipo de cláusulas. Sobre el art. 55 del TRLA, *vid.* R. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2012: 320).

(59) R. FERNÁNDEZ ACEVEDO (2012: 324).

trabajo de Bueso Zaera (60), sobresale la indeterminación del caudal de agua disponible, problema acrecentado hace casi cuatro décadas por el abandono de la red de riego (61), las fluctuaciones propias del clima y los trabajos de la propia explotación por los regadores de Cella. Recordamos que estos regantes «tienen “poder” para mandarla a Santa Eulalia por la acequia de la Granja o a Villarquemado por la acequia del Caudo, con solo levantar una u otra de las compuertas donde el río Medio se ramifica en estas dos acequias». Todo ello tiene como resultado una eventualidad absoluta (sic) en la determinación de los aprovechamientos de las aguas, fuente de los conflictos seculares que dieron lugar a la aprobación de las Reales Ordenanzas de 1742 (62).

Este autor suma a aquellos problemas el que «la administración de dichos aprovechamientos está en manos de Juntas Locales, que no “representan” realmente los intereses de los regantes, y tiene unas actuaciones rutinarias y sin iniciativa». Añade aquel trabajo, de modo importante, que «si a la hora de pensar en la legitimación de los actuales aprovechamientos, recordamos por una parte que su fundamento legal son las Ordenanzas de 1742, con un criterio de justicia distinto del actual, y por otra, que las necesidades sociales de la comarca no se satisfacen con el actual y sí podrían atenderse más satisfactoriamente, reglamentándolas de otro modo; se concluye, que los aprovechamientos, en su determinación actual, no tienen un fundamento razonable que los justifique en una palabra, no son justos».

Subrayamos que estas ordenanzas carecen de referencias concretas sobre el consumo real de agua, la superficie de derecho a riego tampoco aparece delimitada ni así el tiempo de duración del riego en determinados lugares ni qué volumen se entiende de «aguas sobrantes» ni «riegos acostumbrados» (¿los de 1742, los justamente previos a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1879 o 1985 o los de 2020?). A lo que podemos añadir el qué se riega, ya

(60) L. BUESO ZAERA (1982: 355-362). Cuando se publicó, recogía 4.785 ha de regadío, tres mil de las cuales contaban con derecho a riego fijo y sujetas al pago de cuota o alfarda a su correspondiente junta local de aguas. Otras mil ha no pagaba esa cuota al estar al derecho de riego eventual o con agua sobrante, tras haber regado los que pagan la alfarda, mientras que las 785 ha que restan regaban con agua de pozo. Sobre la red de riego, este autor explica: «Su trazado es artificial. Los cauces en su mayoría son estrechos y cortados a tajo, pues parecen obra humana, hay muy poco desnivel en el cauce del río, de donde dimanan los consiguientes problemas de inundaciones y encharcamientos».

(61) Las Reales Ordenanzas de 1742, que sabemos que regulan el aprovechamiento de estas aguas independientemente de su naturaleza jurídica, recogían diversas obligaciones de limpieza y conservación en sus cláusulas 6 a 14. En fechas recientes, es la CHE la que procede a estas limpiezas de las acequias, en clara asunción de responsabilidades y gastos que no le corresponden, ya que es la Junta General de los siete pueblos la encargada de liquidar los gastos de limpieza.

(62) Nótese que estas ordenanzas regulaban también las aguas de abastecimiento, que cuentan con otros puntos de suministro.

que hay cultivos más exigentes que otros en cuanto a necesidades de riego y según qué técnicas, como el riego tradicional a manta o el riego localizado y a presión. Todas estas cuestiones son de gran importancia para el resultado de la recuperación de la laguna del Cañizar (63). La confusión existente en cuanto a la titularidad y delimitación de los derechos sobre estas aguas conlleva el que se precise determinar previamente los aforos de caudal en la fuente de Cella y los manantiales y a lo largo de las distintas acequias (64), así como las cuotas de riego o alfardas, la titularidad de las parcelas regadas (65) o el agua sobrante, entre otros aspectos de una nueva e hipotética comunidad de regantes (66) y su eventual concesión de aguas, teniendo en cuenta las necesidades del proyecto de recuperación de la laguna del Cañizar y las del propio acuífero (67), como veremos más adelante.

Como apuntábamos más arriba, las aguas de la fuente y río de Cella tienen un variado origen, ya que la fuente es un pozo artesiano que alumbrar un cierto caudal, peculiar eso sí, y existen diversos manantiales que vierten al

(63) Desde un punto de vista crítico con el desarrollo del regadío en el Jiloca, *vid.* J. L. ANDRÉS SARASA (2007).

(64) De acuerdo ahora con la Orden ARM 1312/2009, de 20 de mayo, de sistemas de control efectivo de los volúmenes de agua utilizados por los aprovechamientos de agua del dominio público hidráulico, de los retornos al citado dominio público hidráulico y de los vertidos al mismo.

(65) Sometidas a proyectos de concentración parcelaria bajo el Decreto 673/1969, de 29 de marzo, por el que se declara sujeta ordenación rural la comarca del Jiloca (Teruel) y la Orden de 9 de junio de 1980 por la que se aprueba el plan de mejoras territoriales y obras de la zona de concentración parcelaria de Cella (Teruel) y la Orden de 13 de marzo de 1972. Este proceso continúa en tiempos recientes, debido a las transformaciones sociales y territoriales, como la construcción de infraestructuras. *Vid.* el BOA de 13 de abril de 2016, sobre actualización de bases definitivas de la concentración parcelaria, declaradas firmes el 18 de octubre de 2018, así como el Decreto 194/2019, de 24 de septiembre, del Gobierno de Aragón, sobre la composición de las comisiones locales de concentración parcelaria y el establecimiento de las unidades mínimas de cultivo en los términos municipales en los que se realice la concentración parcelaria (BOA de 1 de octubre de 2019).

(66) L. BUESO ZAERA (1982: 362),

(67) Art. 171 y ss. del RDPH, en especial respecto de la constitución de la comunidad de usuarios: «5. e) Constitución forzosa de la comunidad de usuarios de los acuíferos de la zona, si no existiese, por aplicación del artículo 87 del texto refundido de la Ley de Aguas. La definición del perímetro de la comunidad se basará en el ámbito territorial de la utilización de los recursos hídricos y en la definición hidrogeológica de las unidades o acuíferos afectados según el plan hidrológico de cuenca, y podrá, de forma motivada, matizarse esta definición con otras consideraciones locales tendentes a facilitar un uso más racional de los recursos disponibles o una mayor protección del dominio público hidráulico». El art. 88 del TRLA faculta a los organismos de cuenca a «obligar a la constitución de comunidades que tengan por objeto el aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas, cuando así lo aconseje la mejor utilización de los recursos de una misma zona». El art. 184 y ss. del RDPH regula los requisitos de las concesiones de aguas subterráneas.

río (68). Por tanto, puede predicarse una doble naturaleza jurídica: privada y pública, respectivamente (arts. 407 y 408 del CC y arts. 2, 5 y 10 a 12 del TRLA). No obstante, la cuestión no es de respuesta tan rápida, puesto que la clasificación entre aguas alumbradas y aguas nacidas hay que matizarla en el asunto que nos preocupa.

En primer lugar (69), las aguas de la fuente de Cella son «aguas subterráneas alumbradas» y debieran pertenecer a quien las alumbró, el Ayuntamiento de Cella (70), de acuerdo con el art. 417 y el art. 418 del CC, que es el dueño de la Junta El Llano, lugar donde brotan estas aguas. Pero, apunta Bueso Zaera (71) que «sin embargo, el carácter tan poco frecuente, podemos decir único, de esa fuente —o propiamente, de este pozo artesiano— que mana a razón de 3.600 litros, justifican que no pueda tomarse precisamente al pie de la letra lo que al respeto disponen los textos legales sobre los pozos artesianos: “Todo propietario de aguas artesianas alumbradas en terrenos de propiedad privada, destinadas al riego, vendrá obligado a instalar, dentro de los 6 meses, siguiendo a la publicación del presente Decreto, el adecuado mecanismo para interrumpir la salida de aquellas, durante el tiempo en que no se utilice para el indicado fin” (Decreto del Ministerio de Agricultura de 12 de noviembre de 1954, art. 1º) (72). En una palabra, que se trata de un supuesto de hecho

(68) En documentos oficiales se ha hablado del «manantial de Cella», como en la Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro, aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio.

(69) L. BUESO ZAERA (1982: 360) al que seguimos *in totum* en este planteamiento.

(70) Quien las tiene inscritas como bien de propios en el Registro de la Propiedad de Albarracín. En Cella existen bienes que fueron exceptuados de la desamortización de la Ley de 1 de mayo de 1855, gracias al «Real Decreto dejando sin efecto la Real Orden que se cita en el pleito seguido ante el Consejo de Estado entre el Ayuntamiento de Cella y la Administración general, sobre excepción de la venta del prado Cañizar y el monte de aquel pueblo, como de aprovechamiento común». *Vid.* Gaceta de Madrid, nº 45, de 14 de febrero de 1867. Sobre las aguas comunales y patrimoniales de los municipios, *vid.* J. L. MOREU BALLONGA (1996: 191 y ss.)

(71) L. BUESO ZAERA (1982: 360-361),

(72) Norma citada en A. NIETO (1968) y en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1973). Se trata del Decreto de 12 de noviembre de 1954 por el que se dictan normas sobre utilización de las aguas artesianas destinadas a riego (BOE de 6 de diciembre de 1954). Su art. 1 decía: «Todo propietario de aguas artesianas alumbradas en terrenos de propiedad privada, destinadas al riego, vendrá obligado a instalar, dentro de los seis meses siguientes a la publicación del presente Decreto, el adecuado mecanismo para interrumpir la salida de aquellas durante el tiempo en que no se utilicen para el indicado fin», cuyo incumplimiento conllevaría la imposición de multas. La razón de esta norma era: «a fin de obtener el máximo rendimiento en la aplicación de los recursos hidráulicos disponibles para el riego, es manifiesta la necesidad de adoptar cuantas medidas se consideren eficaces en evitación de que desciendan los niveles o que disminuya el caudal de las aguas artesianas en los momentos en que es más imprescindible su utilización».

tan excepcional que el legislador no ha podido preverla, y por tanto, no le abarcan las disposiciones jurídicas que entienden como privadas las aguas subterráneas alumbradas, porque tales disposiciones se refieren, creemos a las aguas subterráneas alumbradas mediante pozos artesianos en la acepción común y normal de este término (Ley de Aguas, arts. 18 y 22; Código Civil, art. 418) y no a pozos artesianos de caudales como el de la fuente de Cella, y la salida de las aguas no se puede interrumpir».

En segundo lugar, nos encontramos con la exigencia de constituirse en comunidades de regantes cuando de aguas públicas se trata y adaptarlas al TRLA, algo que no se ha constatado hasta la fecha y eso a pesar de la reiteración en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo. De esta forma nos lo recuerda la norma vigente antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985: la Orden de 6 de agosto de 1963 sobre constitución y funcionamiento de las Comunidades de Regantes y Sindicatos Centrales para aprovechamiento de aguas públicas para riegos (73).

Por último, a la conclusión de que nos encontramos ante aguas públicas también se puede llegar acudiendo a fuentes indirectas: de acuerdo con la «Orden de 5 de julio de 1960 por la que se dispone el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el pleito contencioso-administrativo promovido por D. Blas Lanzuela Ortín y D. Santiago Lanzuela Miguel, en representación de la Comunidad de Regantes de los siete pueblos del río Cella y laguna del Cañizar» (74), estimamos que las aguas de esta laguna son de titularidad pública porque, con ocasión de la inscripción de un aprovechamiento en Santa Eulalia del Campo (Teruel) con destino a fuerza motriz (75), se recurrió

(73) BOE de 22 de agosto de 1963. Su art. 1 decía: «A los efectos de lo prevenido en el número 2 del art. 228 de la Ley de Aguas las Comisarías de Aguas ordenarán la constitución de las Comunidades de Regantes, cualquiera que sea el número de estos y la superficie regada, cuando el riego se realice a través de una misma toma en cauce público o en cauce administrado por el Estado. En los demás casos, oído el Director de la Confederación, acordarán la constitución de la Comunidad de Regantes cuando estimen que así lo exigen los intereses locales en razón del mejor aprovechamiento de las aguas». Merece reproducirse este párrafo de su exposición de motivos: «Se recuerda, por otra parte, cualquiera que sea el régimen y la fecha de los aprovechamientos, la prohibición absoluta del abuso del derecho a utilizar el agua, situación no ajena a nuestra realidad jurídica, llevada a cabo sobre todo por quienes, beneficiados y garantizados sus aprovechamientos por las obras realizadas en los últimos tiempos, pretenden a su vez esgrimir títulos y privilegios concedidos en épocas en las que la situación de hecho de tales aprovechamientos era total y radicalmente distinta a la que hoy pueden presentar».

(74) Y en nombre de las Juntas Locales de Santa Eulalia del Campo y Cella (BOE de 13 de julio de 1960).

(75) El art. 235 de la Ley de Aguas de 1879 establecía que «para aprovechar los mecanismos fijos la fuerza motriz de las aguas que discurren por un canal o acequia propia de una comunidad de regantes, será necesario el permiso de estos. Al efecto se reunirán en

la inscripción administrativa de aprovechamiento de aguas por prescripción en virtud de la Orden ministerial de Obras Públicas de 21 de junio de 1958, lo cual implica la titularidad pública de las aguas en conflicto (76). En este caso, se rechazaron las pretensiones de los recurrentes por el Tribunal Supremo, por lo que se deduce que tal aprovechamiento lo era de aguas públicas.

b) La naturaleza jurídica pública de la laguna del Cañizar y los medios para su recuperación

Dado que se trata de recuperar, aunque sea en parte, la laguna del Cañizar, hemos de acudir también al estudio de su consideración jurídica. Tras nuestra conclusión de la calificación como públicas de las aguas de la fuente de Cella y la de los manantiales que allí surgen, tenemos como consecuencia la inaplicación del régimen transitorio del TRLA (77). Así es de acuerdo con el criterio general de demanialización de los art. 1 y 2 del TRLA (78), por lo

junta general y decidirá la mayoría de los asistentes, computados los votos por la propiedad que cada uno represente. De su negativa cabrá recurso ante el Gobernador de la provincia, quien, oyendo a los regantes, al Ingeniero Jefe de Caminos, Canales y Puertos de la provincia, a la Junta provincial de Agricultura, Industria y Comercio, y a la Comisión permanente de la Diputación provincial, podrá conceder el aprovechamiento, siempre que no cause perjuicio al riego ni a otras industrias, a no ser que la comunidad de regantes quiera aprovechar por sí misma la fuerza motriz, en cuyo caso tendrá la preferencia, debiendo dar principio a las obras en el plazo de un año».

(76) El art. 149 de la Ley de Aguas de 1879 reconocía el derecho de quien durante 20 años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la Autoridad o de tercero, a continuar disfrutando del mismo aun cuando no hubiera podido acreditar que obtuvo la correspondiente autorización.

(77) Disposición adicional primera, en relación con el apartado primero de la disposición transitoria cuarta, cuya relación conlleva no pocos problemas de aplicación. *Vid.* J. L. MOREU BALLONGA (1996: 297 y ss.). La disposición adicional primera, una verdadera disposición transitoria, dice: «Lagos, lagunas y charcas inscritas en el Registro de la Propiedad. Los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostentaren en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas». Decimos que este régimen transitorio no es de aplicación porque estamos ante aguas públicas y terrenos, por tanto, públicos, ante los que, en todo caso, la inscripción de derechos y bienes en el Registro de la Propiedad no prevalece sobre el carácter demanial, como analizaremos más adelante.

(78) El art. 2 del TRLA establece el principio de que son públicos los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. Incluso si aceptásemos que las aguas de la fuente de Cella pertenecen a este municipio como bienes de propios o patrimoniales, de acuerdo con el art. 408 del CC («Son de dominio privado: 1. Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos. 2. Los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios. 3. Las aguas subterráneas que se hallen en éstos. 4. Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos. 5. Los cauces de aguas corrientes, continuas o

que hay que estar al carácter inundable de los terrenos para determinar, a su vez, la naturaleza demanial de la laguna y cuáles son sus límites geográficos, como establece el art. 9 del TRLA respecto del lecho o fondo de los lagos y lagunas: el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario (79).

De ahí la conveniencia del oportuno deslinde del vaso de la laguna a restaurar, acto administrativo que separe el demanio de las propiedades colindantes y que declare «la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento» (80). Deslinde que es expresión de la autotutela de los poderes públicos sobre sus propios bienes, que no puede desconocer la realidad sobre la que actúan (81). Y lo que es más importante

discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público.» y las disposiciones transitorias, hay que distinguirlas de las aguas sobrantes, los retornos del regadío o los tramos de arroyos procedentes o no de los manantiales que van fluyendo a un río atravesando distintos predios. A este respecto «cuando nos hemos alejado bastante de los puntos de origen de diversas pequeñas corrientes privadas y hemos sumado (ha sumado la Naturaleza) las aguas sobrantes actuales de bastantes de ellas, en la práctica se ha conseguido una corriente de aguas sobrantes actuales bastante robustecida, en la que quedan muy difuminadas las consecuencias jurídicas de la propiedad privada de cada una de las corrientes iniciales particularmente considerada (...) Por las leyes de la estadística, como nunca todos los propietarios aprovecharán simultáneamente en el origen de las pequeñas corrientes toda su agua (...), haciéndolo sólo algunos en cada momento, y acaso sin un aprovechamiento íntegro de sus corrientes, se tiene que, los unos por los otros, la corriente suma acaba teniendo una cierta estabilidad o permanencia de sus caudales (...) . Además, la propia variabilidad del flujo de las aguas sobrantes actuales por causas naturales, y por la incidencia en ellas difícilmente precisable de aprovechamientos de todo o parte de sus derechos por parte de cada dueño de la corriente y por parte de dueños de predios inferiores, haría escasamente reconocible cada primitiva corriente la cuota de aportación de agua de la misma a la corriente suma resultante (...). Las aguas sobrantes actuales no aprovechadas por sus dueños ni por dueños de predios inferiores o colaterales, junto a los retornos de las aguas sí aprovechadas por unos u otros de multitud de corrientes privadas, junto a la plenitud de algunas pequeñas corrientes de aguas públicas, van integrando o constituyendo corrientes de aguas públicas, de modo gradual y difuso, pero cierto. Hay una final publicación de la corriente originariamente privada, que se disuelve definitivamente en la nueva corriente pública, pero ese cambio cualitativo sucede en un punto del cauce acaso (no siempre) difícil de precisar y desde luego alejado tanto del manantial origen de la corriente (o del pozo, o del lugar en que las aguas pluviales originaron corriente...) como del punto de salida de las aguas de la finca que lo contiene». J. L. MOREU BALLONGA (1996: 401-403). La similitud con las cuotas de riego, las aguas de la propia fuente de Cella, los retornos del regadío y el aporte de los manantiales de la zona es más que evidente, lográndose, al fin la accesión invertida de los terrenos de la laguna regados por las aguas del río Cella, transformando los terrenos privados del vaso de la laguna en demaniales. J. L. MOREU BALLONGA (1996:406).

(79) P. BRUFAO CURIEL (2017a), donde se expone este criterio.

(80) Art. 95 del TRLA.

(81) Deslinde de bienes públicos que desplaza cualquier consideración que otras Administraciones puedan haber manifestado en el ejercicio de sus competencias. La STS, Sala 3º,

para hacer frente a las posibles inmatriculaciones de fincas y derechos privados sobre bienes públicos (82).

El carácter inundable de los terrenos es el que determina su naturaleza pública, en relación con el carácter demanial de las aguas que los alimentan, ya que presupone de forma ineludible la titularidad pública de los terrenos debido al carácter público general de las aguas y cauces (83). Además, gracias

Sección 5ª, de 31 de enero de 2012, que cita jurisprudencia anterior, recoge el caso de zonas inundables de la cuenca del Barbate: «La previa clasificación del suelo e incluso la intervención estatal en dicha actuación a través de los informes previstos en el artículo 117 (LC), no puede vincular la posterior actuación estatal en materia de deslinde, ya que la naturaleza demanial de los terrenos es absolutamente distinta y diferente del ejercicio de la potestad de planeamiento concretada en la clasificación y calificación urbanística de los mismos terrenos, no pudiendo, el ejercicio y actuación de esta potestad administrativa alterar la naturaleza demanial de unos concretos terrenos ya que tal carácter no es fruto del ejercicio de una potestad discrecional -como la de planeamiento- sino, más bien, el resultado irremisible de la declaración de tal carácter demanial por concurrir las características físicas contempladas en el artículo 3º de la LC, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 de la CE. Dicho de otra forma, que la demanialidad resulta absolutamente inmune a las previas determinaciones del planeamiento urbanístico, las cuales no pueden, en modo alguno, obligar a una desafectación de pertenencias demaniales, tal y como se desprende del citado artículo 132 de la CE, así como 7, 8, 9, 11 y 13.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC)». Lo dicho es perfectamente aplicable a propósito de las obras de concentración parcelaria y la clasificación como rústicos o agrarios de las parcelas sitas en el vaso de la laguna de Cella.

(82) Art. 95.3 del TRLA: «La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial». Disposición que está en plena consonancia con el art. 5 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH): «Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial». Lo dicho en relación con el ejercicio de la autotutela administrativa, la cual, frente a las inscripciones de bienes públicos a favor de particulares en el Registro de la Propiedad, «no se ve constreñida a detenerse ante un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad en el ejercicio de sus potestades de defensa de la integridad de los bienes públicos», como se recoge en la Ley de Aguas (art. 95 del TRLA), la Ley de Costas (art. 13), la Ley de Montes (art. 25) o la Ley de Vías Pecuarias (art. 8). *Vid.* C. HORGUÉ BAENA (2006).

(83) El art. 44 de La Ley de Aguas de 1866 decía: «Del dominio de las aguas muertas o estancadas. Art. 44. Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos y se alimentan con aguas públicas. Son propiedad de los particulares, del Estado o de las provincias, los lagos, lagunas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio, así como los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos». Por otra parte, la Ley de Aguas de 1879, establecía en su art. 17 lo siguiente de forma muy parecida a la anterior: «Del dominio de las

a la figura de la accesión invertida por la presencia de aguas públicas, se legitima propiedad pública del humedal, a pesar de las obras de desecación y drenaje de la laguna a cargo del Estado en el siglo XVIII (84). Hay que tener en cuenta que la laguna se encuentra a cierta distancia de la fuente de Cella y que los terrenos encharcadizos o inundables se alimentan de manantiales, escorrentía y aguas subterráneas, que se suman a los caudales originales, perdiéndose en todo caso la naturaleza privada que, aceptando incluso esta tesis, pudieran tener estas aguas en sus predios originales. Aquella opción del legislador de optar por la demanialización general de las aguas continentales ha sido refrendada, como sabemos, por la STC 227/1988, de 29 de noviembre (85). En esta ocasión el Tribunal Constitucional juzgó que no se afectaba retroactivamente a los posibles derechos patrimoniales existentes antes de su entrada en vigor (86), lo que no es el caso pues la naturaleza jurídico-pública de estas aguas y lecho de la laguna no se ha interrumpido a lo largo del tiempo.

Recordamos que se suceden los episodios de inundación cada cierto tiempo y que el río Cella forma parte del vaso de la laguna (87), cuya delimi-

aguas muertas o estancadas. Art. 17. Son del dominio público los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos. Son propiedad de los particulares, de los Municipios, de las provincias y del Estado, los lagos, lagunas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio. Los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos».

(84) El art. 339 del Código Civil (CC) califica de públicos los ríos y los canales «construidos por el Estado».

(85) FJ 5.

(86) Dice así su FJ 9: «En efecto, no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 42/1986, de 10 de abril y 99/1987, de 11 de junio), una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre "relaciones consagradas" y "afecta a situaciones agotadas" y "lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad". La Ley 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva».

(87) L. MORELL OCAÑA (1972: 170), donde dice: «Cuando el Tribunal Supremo se ha enfrentado con el tema ha utilizado, en efecto, este argumento, declarando que ciertas marismas eran demaniales precisamente por estar situadas en el cauce de un río y, por tanto, por ser el río y su cauce de dominio público, la marisma también tiene dicho carácter demanial (así en la sentencia de 23 de noviembre de 1967, relativa a la laguna de La Janda, en Cádiz)». Esta sentencia se dictó una vez ejecutadas las obras de drenaje y desecación de la mayor laguna de agua dulce de España. La STS, Sala 1ª, de 23 de noviembre de 1967, dictada bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1879, es de gran importancia, por lo que

tación como propiedad pública bien puede corresponder, al menos, al proyecto de restauración (88). Por estas razones, el carácter demanial de la laguna del Cañizar es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, por lo que ha de rechazarse la posible alegación a favor de su carácter privado. Al respecto, contamos con antecedentes claros como la declaración como dominio público hidráulico de las conocidas Lagunas de Ruidera llevada a cabo por la STS, Sala 1ª, de 22 de junio de 2009, que reconoce como *quaestio facti* su vinculación íntima con el río Guadiana y, por tanto, su carácter de cauce público, a pesar de los efectos de las leyes desamortizadoras y las inmatriculaciones en el Registro de la Propiedad (89). Del mismo que ha ocurrido con

reproducimos sus considerandos: «CDO. Que el deslinde de los terrenos de dominio público comprendidos en la concesión, así como el plano que lo define, y la relación de propietarios afectados por la misma, se aprobaron por la Orden ministerial, aquí recurrida, de 18 de abril de 1961. Esta orden está dentro de la competencia declarativa de la Administración, porque a ella le corresponde delimitar su dominio, que se ha hecho de acuerdo con los arts. 34, núm. 2, y 17 de la Ley de Aguas según los cuales son de propiedad pública los álveos o cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren las aguas en las mayores crecidas ordinarias, y los lagos y lugares formados por la naturaleza que ocupan terrenos públicos, y no debe obviarse que la de la Janda está enclavada en el propio cauce del río Barbate. La delimitación, realizada, como se ve, con absoluta competencia y legalidad, se logra a través del preceptivo expediente, con publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, relacionándose los propietarios de los que concurrieron los que lo tuvieron a bien, no siendo, por tanto, viable atender, ahora, motivo anulatorio alguno de falta de citación, ante esta publicidad, que es la que ordena la Real Orden de 9 de junio de 1889 (Dic. 741). La elaboración técnica para llegarse a la fijación de las máximas crecidas es completa, y figura la correspondiente acta de apeo por la que quedaron colocados los hitos indicadores. Existió nueva audiencia para los propietarios después del deslinde, y esta se aprobó, con fijación de la extensión superficial de dominio público y de la afectada por la concesión.

CDO. Que se respetan los estados registrados de los interesados, y, precisamente, se atiende la Administración a los términos de los asientos, porque no puede desconocerse la circunstancia de que estos expresan los linderos de las distintas fincas, con el río Barbate, con la laguna de la Janda, etc., es decir, que la propia resultancia registral está proclamando los confines de estas propiedades privadas con la zona pública, la cual se deslinda a la vista de tales asientos y de aquellas normas de la Ley de Aguas ya citadas, y, siempre, con la reserva de "sin perjuicio de tercero". No puede, pues, atacarse el ejercicio de una facultad fijadora y privativa de la Administración con el pretexto de que determinados terrenos pertenecen al dominio privado, pues, ello, pueden declararlo los Tribunales ordinarios a instancia, precisamente, de quienes se crean perjudicados. (...)».

(88) La Instrucción de la Planificación Hidrológica, aprobada por la Orden ARM 2656/2008, de 10 de septiembre, recoge la interpretación auténtica de qué ha de entenderse por las «masas de agua» y los elementos naturales que las conforman.

(89) Sobre los pormenores de esta sentencia, *vid.* P. BRUFAO CURIEL (2010). Esta jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo refuerza la doctrina del dominio público natural o necesario. Sobre dicha figura, *vid.* J. BARCELONA LLOP (1998). La reciente STS, Sala 3ª, Sección 5ª, de 14 de junio de 2012, reconoce el carácter público de los terrenos marismesños del Guadalquivir a pesar de las obras de drenaje y desecación efectuadas en terrenos alejados de la desembocadura pero sometidos al influjo mareal en el término municipal de Trebujena (Cádiz).

los Ojos del Guadiana, reconocidos como demaniales, al afirmarse la validez de un deslinde, por la STS, Sala 3^ª, de 3 de marzo de 1994. También existe jurisprudencia histórica, sobre casos muy parecidos al del río Cella y el carácter doble de cauces y canales de riego y su carácter demanial, como el de la STS, Sala 3^ª, Sección 1^ª, de 17 de marzo de 1920, recaída sobre el Canal del Gran Prior, en el Guadiana (90).

(90) Construido gracias a la Real Cédula de Carlos III «por la que se sirve aprobar las Ordenanzas para la Construcción y Gobierno del Canal del Gran Priorato de San Juan, que ha de ejecutarse a expensas del Serenísimo Infante Don Gabriel por su arquitecto Don Juan de Villanueva». En cuyo prólogo se dice: «Por cuanto por el Infante Don Gabriel, mi amado hijo, Gran Prior de Castilla en la Orden de San Juan, se me pidió permiso para abrir a su costa en el Gran Priorato una Acequia de riego con las aguas que salen de Ruidera, y otras que se pierden, empantanando, y haciendo mal sanos aquellos países, pudiéndose recoger y hacer sumamente útiles; complacido del celo patriótico, con que promueve la Agricultura y la Industria en los pueblos de su Dignidad, le respondí estaba conforme en que pusiese en práctica el expresado proyecto...». Las similitudes con el caso de Cella y la laguna del Cañizar no dejan de sorprendernos. En esta STS se recoge como antecedente de hecho que «2.º En el referido trozo de cauce del río existe una presa de antigua construcción y reparada en época reciente denominada del Atajadero, que divide la corriente en dos partes; una que discurre por una acequia que es la que se llama Canal del Gran Prior -pareciendo una contradicción que haya dos canales cuando en realidad es el mismo- acequia cuya corriente se utiliza en el movimiento de varios artefactos y en el riego del llamado Padrón de Argamasilla y la otra parte del caudal fluye por un antiguo cauce denominado el Malecón o río Malecón, construido como colector por los vecinos de Argamasilla para recoger las aguas que inundaban su término en las grandes riadas y luego utilizado para regar algunas tierras. 3.º La toma de aguas para Tomelloso solicitada por D. Edmundo, se establece aguas arriba y a corta distancia del Atajadero en un trozo del río Guadiana Alto, siendo las aguas de dominio público en este trozo del río y en el Canal del Gran Prior como fue reconocido por el Decreto sentencia de 14 de Abril de 1876, con el que se conformó el Ministerio de Fomento y por Real Orden de 12 de Enero de 1880. 4.º Entre el Infante D. Claudio y el pueblo de Argamasilla surgieron discordias, siguiese un pleito terminando por concordia en 1791, y rigiendo un pacto se dictaron las leyes desamortizadoras, sobreviniendo la venta de los bienes de la Orden de San Juan y entre ellos el Canal del Gran Prior y los molinos y batanes en su cauce establecidos y fueron comprendidos en 1840 en el secuestro al Infante D. Jaime, vendiendo el Ministerio de Hacienda en 1860 siete molinos en lotes separados, agregándoles dos largos trozos de acequia o canal agua arriba y agua abajo del artefacto, rompiéndose la unidad con que el canal había sido considerado para los efectos del riego de las tierras empadronadas (...) 7.º El Ministerio de Fomento por Real Orden de 16 de Junio de 1894 comisionó al Inspector General D. Leonardo para que se efectuase una visita a las obras del canal del Gran Prior e informase acerca de las mismas y de todas las cuestiones de propiedad referentes al canal, cumpliendo dicho funcionario su cometido y emitiendo informe extenso del que importa destacar las afirmaciones de que el canal del Gran Prior no es otra cosa que el antiguo cauce del Guadiana convertido primero en caz molinar y después en canal de riego, que es preciso anular la concesión del canal del Príncipe Alfonso y declarar que las lagunas de Ruidera son de dominio público». Y se concluye en el penúltimo considerando que las aguas objeto de la concesión otorgada a D. Edmundo han de reputarse públicas para los fines del presente recurso, ya porque son parte integrante del canal del Guadiana, y las de los ríos tienen esa condición, conforme a los artículos 4.º, número 3.º de la ley de 13 de Junio de 1879, y 407,

Dada la recurrente inundación de esta laguna, se hace recomendable el deslinde (91), que debería respetar los criterios que definen los ríos y las lagunas. Por lo tanto, el deslinde ha de asegurar que abarca la definición del lecho o fondo de los lagos o lagunas del TRLA, cuyo art. 9 expresa (92): «Lecho o fondo de los lagos o lagunas es el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario», criterio de las máximas crecidas ordinarias que también se predica de los cauces de los ríos, según art. 4 del TRLA (93).

En cualquier caso, esta interpretación auténtica de lo que debe considerarse cauce o laguna no nos debe alejar del elemento teleológico del deslinde, cuyo fin es la protección de los recursos hídricos demaniales y la calidad de las aguas continentales frente a su degradación, como reza el Título III RDPH. Para lograr esta finalidad de protección, el art. 242 ter del RDPH anuda al deslinde importantes efectos posesorios y con efectos en el Registro de la Propiedad (94). Este fin protector de las propiedades públicas se recoge asimismo en el art. 41.1 de la LPAP, que detalla las facultades y prerrogativas para la

número 1.º del Código Civil, ya porque las del caudal del Gran Prior fueron reconocidas como públicas por el Poder moderador en el Real decreto de 20 de Noviembre de 1892, ya, en fin, porque como queda expuesto, la citada Real orden de 30 de Diciembre de 1915 dio por sentado que eran públicas, y los recurrentes se aquietaron con tan trascendental resolución». Recordamos que las lagunas de Ruidera son parte del río Guadiana y que brotan del subsuelo, como brotan las aguas del Cella y se alimentan sus manantiales.

(91) Sobre la investigación, defensa, deslinde y desahucio administrativos aplicados a los ríos: BARREIRA, A., BRUFAO, P. y WOLMAN, A. (2009: 101 y ss.).

(92) También el art. 12 del RDPH.

(93) Art. 4 del RDPH.

(94) «Artículo 242 ter. Efectos de la aprobación del deslinde. 1. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento, de acuerdo con el artículo 95.2 del texto refundido de la Ley de Aguas. 2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con aquél, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. En todo caso, los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, y será susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial. 3. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considera que el titular registral ha intervenido en el expediente cuando el Organismo de cuenca le haya notificado su incoación con arreglo a los artículos 58 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque no haya comparecido. 4. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente, a la vista de las circunstancias físicas o jurídicas concurrentes y, en todo caso, cuando la posesión no sea ostensible por sus características naturales o cuando exista un riesgo de invasión del dominio público. 5. El Organismo de cuenca podrá ejercer de oficio la facultad de recuperación posesoria cuando exista invasión efectiva del dominio público hidráulico, aun cuando no esté deslindado, siempre que sea evidente el carácter demanial del bien objeto de invasión y sin perjuicio de incoar el oportuno procedimiento sancionador».

defensa de los patrimonios públicos (95). Y como hablamos de fijar los a veces imprecisos límites de un bien de dominio público como es el de los cauces y lagunas, el deslinde se convierte en la figura adecuada para concretar la extensión concreta, así como cuando puedan existir indicios de usurpación (art. 51 de la LPAP), sin olvidar que «las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros» (art. 58 de la LPAP).

Ante una eventual recuperación de la posesión y la titularidad de la laguna del Cañizar, habrá que estar pues a la realidad física georreferenciada (96), la cartografía catastral y la anotación marginal de la situación administrativa y medioambiental de ser un humedal. Esta representación gráfica habrá de incluir la posible invasión en el dominio público (97), en aras de la mayor concordancia entre el Registro, el Catastro y la realidad jurídica (98) y que se han incorporado a nuestro Derecho gracias a la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (99).

(95) «Artículo 41. Facultades y prerrogativas.1. Para la defensa de su patrimonio, las Administraciones públicas tendrán las siguientes facultades y prerrogativas: a) Investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente pertenezcan a su patrimonio. b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad. c) Recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida sobre sus bienes y derechos. d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que amparaba la tenencia». A lo que se le añade la adopción de medidas cautelares y la comunicación de hechos punibles (arts. 42 y 44 respectivamente de la LPAP).

(96) El art. 2 del Convenio Ramsar habla de la necesidad del trazado con precisión de los límites de los humedales. VEGA MARTÍN, L. (2006).

(97) Arts. 9 y 10 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH). El Colegio Oficial de Registradores cuenta con la base de datos GeoBase, web que recoge, entre otras cuestiones, la información relativa al dominio público y los espacios naturales protegidos. MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2012).

(98) Art. 198 y ss. de la LH. El art. 199 de la LH señala que «el Registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado». A su vez, el art. 203 de la LH dice: «si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada, facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular, con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación». En el mismo sentido de la protección registral de los bienes demaniales, *vid.* el art. 205 de la LH.

(99) Recomendamos la lectura de E. DÍAZ DÍAZ (2016) y E. DÍAZ DÍAZ (2013). Recordemos la importancia del Catastro ante el acta de notoriedad para la inmatriculación de fincas.

III. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EFECTIVA DE LA LAGUNA DEL CAÑIZAR

El caso de la laguna del Cañizar es uno de los más claros en el ámbito jurídico y administrativo español de dejación de funciones públicas a la hora del obligado ejercicio de las irrenunciables competencias públicas en cuestiones ambientales y territoriales, así como del ejercicio de autoridad (en el doble sentido de *potestas* y *auctoritas*), para lo que en las páginas siguientes expondremos la actividad administrativa de la protección de la laguna a la luz del Derecho Administrativo (100).

De forma independiente a la posición jurídica de los aprovechamientos privativos del agua de la cuenca del Cella o Jiloca, la actividad pública se ha dirigido, en efecto, a la protección de la laguna como uno de los humedales protegidos según la normativa autonómica. La laguna del Cañizar se encuentra desde el año 2012 incluida en el Inventario de Humedales Singulares de Aragón (101) a solicitud del Ayuntamiento de Cella. Este inventario es calificado como registro público de carácter administrativo «en el que se identifican los humedales aragoneses de mayor importancia para su conservación, incorporando los requisitos técnicos que garanticen su actualización y otorgándoles un régimen de protección». La singularidad que se precisa es que «conciten interés por su flora, fauna, valores paisajísticos, naturales, geomorfológicos, o por la conjunción de varios de ellos» y se establece su régimen de protección, dentro de la tipología de lagunas de agua dulce estacionales, sin perjuicio de la declaración expresa como espacio natural protegido. La STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 20 de octubre de 2013, recordamos, reconoció la validez de esta inclusión y, de modo muy importante, rechazó cualquier causación de daño a los regantes con estas palabras: «Por tanto no existe esa incompatibilidad entre el régimen de riego y la protección de esos valores medioambientales, pues siempre serán prevalentes éstos últimos por el efecto directo de la protección primaria del medio ambiente establecido en el art. 45 de la Constitución» (FJ 3).

Los efectos de tal inclusión son (102) el que estos humedales hayan de preservarse de «actividades susceptibles de provocar su recesión, desnaturali-

(100) De modo general, *vid.* F. LÓPEZ MORENO (2019).

(101) Orden de 21 de noviembre de 2012, del Consejero de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, por la que se incluye la Laguna del Cañizar, en los términos municipales de Cella y Villarquemado (Teruel), en el Inventario de Humedales Singulares de Aragón (BOA de 28 de diciembre de 2012). El inventario se aprobó por Decreto 204/2010, de 2 de noviembre. Este decreto es a su vez desarrollo de la Ley 8/2004, de 20 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

(102) Art. 9 y ss. del Decreto 204/2010.

zación o degradación, a cuyo fin los terrenos incluidos en el Inventario serán clasificados en todo caso como suelo no urbanizable sujeto a especial protección. La clasificación de suelo se mantendrá aún en el supuesto de desecación, inundación o alteración física, química o biológica por cualquier causa de la zona húmeda o parte de ella» (103).

De modo muy importante, con los antecedentes que obran solo nos puede llevar a calificar como carente de amparo jurídico la actual situación de desecación del humedal tras los intentos de recuperación. De tal modo la considera el art. 11 del Decreto, que califica como usos o actividades prohibidos todos aquellos que sean incompatibles con las finalidades de protección del Humedal Singular de Aragón y supongan un peligro actual o potencial, directo o indirecto para el citado humedal o cualquiera de sus elementos o valores. Entre ellos se cita, tanto en el propio humedal como en su zona de protección: las actividades que directa o indirectamente puedan producir la desecación, inundación o la alteración hidrológica del humedal; así como la modificación del régimen hidrológico o hidrogeológico y composición de las aguas, o la alteración de sus cursos, fuera de los casos previstos en los instrumentos de planificación hidrológica aprobados. Es decir, que junto a las irregularidades observadas desde el punto de vista del título competencial del agua bajo la titularidad de la CHE contamos también con el estrictamente ambiental, competencia del Gobierno de Aragón.

Pero no podemos quedarnos ahí, ya que existen títulos jurídicos suficientes que amparan la protección de la laguna, en virtud de la aplicación de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, de Hábitats (DH), motivada por la constatación objetiva de la existencia de hábitats y la presencia de especies recogidas en esta norma de la UE (104).

El borrador de julio de 2020 del llamado «Plan de Gestión del Humedal Singular del Cañizar» (105), realiza un detallado resumen los elementos naturales de esta laguna y nos recuerda que la laguna alberga dos hábitats de interés comunitario: el 1410 como los pastizales salinos mediterráneos (*Juncetalia maritimi*); y el 3140 como las aguas oligomesotróficas calcáreas con vegetación béntica de *Chara spp.*

Entre las especies de flora recogidas en los anexos de la DH encontramos el endemismo ibérico en peligro de extinción *Puccinellia pungens* (Anexos II y IV) y entre la fauna hallamos el odonato *Coenagrion mercuriale* (Anexo II),

(103) Art. 21 del RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

(104) Sobre el Derecho de la Biodiversidad, *vid.* J. E. SORIANO GARCÍA y P. BRUFAO CURIEL (2011).

(105) GOBIERNO DE ARAGÓN (2020).

mientras que los anfibios encontramos los anuros siguientes del Anexo IV: ranita de San Antonio (*Hylamollerii*), sapo partero común (*Alytes obstetricans*), sapo común (*Bufo spinosus*), sapo corredor (*Epidalea calamita*) y sapo de espuelas (*Pelobates cultripes*), al tiempo que la rana común (*Phelophylax perezi*) aparece en el Anexo V. Como humedal, la presencia de avifauna es también notoria, por lo que se ha incluido como IBA (*Important Bird Area*) de la entidad Birdlife, que constituye una prueba para su inclusión como parte de la Red Natura de la DH.

Algunas de las aves se recogen en el Anexo I de la Directiva 2009/147/CE, de 30 de noviembre de 2009, de Aves (DA), como el avetoro (*Botaurus stellaris*), el carricerín cejudo (*Acrocephalus paudicola*) o la grulla común (*Grus grus*), u otras del Anexo II de esta DA como la cerceta común (*Anas crecca*) o el pato colorado (*Netta rufina*), al tiempo que la laguna es una paso de aves migratorias. Y por lo que respecta a los mamíferos, existen ejemplares de nutria (*Lutra lutra*), incluida en el Anexo II de la DH.

La jurisprudencia del TJUE ha tratado abundantemente estas Directivas y, por tanto, nada obsta al cumplimiento efectivo de las obligaciones de conservación y la oportuna declaración de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA), que ha de basarse en criterios científicos (106), con una especial consideración de las aves migratorias y los humedales, e incluso mientras no se proceda a tal declaración y a pesar de incluirse en alguna figura de espacio protegido del Derecho nacional (107). Por tanto, la situación actual de deseca-

(106) Y un medio de prueba son las Áreas Importantes para la Conservación de las Aves (*Important Bird Areas, IBA*) de BirdLife. M. S. GALLEGO BERNAD (2014: 57-72).

(107) M. S. GALLEGO BERNAD (2017: 13-14): «La insuficiente declaración de ZEPA ha conllevado la apertura de procedimientos de infracción de la Comisión Europea a los Estados, que, en muchos casos, desembocaron en recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las principales conclusiones de este grupo de sentencias son las siguientes: 1. El régimen de protección específico y reforzado para las especies de aves del Anexo I y las migratorias, está justificado porque se trata, respectivamente, de las especies más amenazadas y que constituyen un patrimonio común de la Comunidad (STJUE 13 julio 2006, C-191/05, ap. 9). Deben clasificarse como ZEPA los territorios más adecuados para su conservación, que se ajusten a los criterios ornitológicos del art. 4, apartados 1 y 2, de la Directiva de Aves (STJUE 13 diciembre 2007, C-418/04, ap. 36 y 37; STJUE 20 marzo 2003, C-378/01, ap. 14). 2. La obligación de declarar ZEPA no se puede sustituir por otras medidas o figuras de conservación como reservas o parques naturales, LIC o ZEC, ya que se correría el riesgo de no constituir una red coherente de ZEPA (STJUE 19 mayo 1998, C-3/96, ap. 58, STJUE 2 agosto 1993, C-355/90, ap. 28) y los regímenes jurídicos son distintos (STJUE 28 junio 2007, C-235/04, ap. 79, STJUE 14 octubre 2010, C-535/07, ap. 24). 3. No se pueden aplicar excepciones de índole social y económica en la declaración de ZEPA (STJUE 2 agosto 1993, C-355/90, ap. 18-19, STJUE 13 diciembre 2007, C-418/04, ap. 130 a 145). La ZEPA debe clasificarse exclusivamente por su valor ecológico, lo que no excluye, que una vez declarada, puedan autorizarse determinados planes y proyectos en base a los apartados 3 y 4 del art. 6 de la Directiva de Hábitats, por razones imperiosas de interés público de primer

ción supone un incumplimiento objetivo del Derecho de la UE. Como afirma la jurisprudencia, no se pueden defender situaciones de deterioro, precisamente, bajo la excusa del incumplimiento de la DA y la DH, debido al principio jurídico de que la Administración no puede ampararse en su propia inactividad para evitar el cumplimiento del ordenamiento jurídico (108) y dejar de garantizar la

orden (STJUE 11 julio 1996, C-44/95). De esta manera, existe obligación de designar ZEPA, incluso si las especies a proteger por la misma se encuentran en áreas habitadas (STJUE 28 junio 2007, C-235/04, ap. 72 y 73). Un Estado no puede invocar para no designar ZEPA la situación comparativa con otros Estados miembros, por ejemplo que su superficie de ZEPA sea superior a la media comunitaria, o dificultades internas como el reparto del territorio entre varias comunidades autónomas, o una situación local altamente conflictiva, pues únicamente los criterios ornitológicos del art. 4 de la Directiva de Aves permiten delimitar las zonas más adecuadas (STJUE 28 junio 2007, C-235/04, ap. 42, 45, 55,66; STJUE 7 diciembre 2000, C-374/98, ap. 13). 4. El margen de apreciación al clasificar ZEPA se limita a la aplicación de criterios ornitológicos para elegir los territorios más adecuados (STJUE 2 agosto 1993, C-355/90, ap. 26). Un Estado incumple si clasifica como ZEPA parajes cuyo número y superficie total sean manifiestamente inferiores al número y superficie total de los parajes más adecuados para la conservación de las especies (STJUE 19 mayo 1998, C-3/96 ap. 60-64). 5. Los Inventarios de Áreas Importantes para la Conservación de las Aves (*Important Bird Areas, IBA*) de BirdLife se fundan en criterios ornitológicos y científicos que permiten identificar los lugares más adecuados. Según la Comisión, el inventario se funda en criterios ornitológicos equilibrados y un análisis científico detallado y actualizado, que permiten identificar los territorios más adecuados en número y superficie para la conservación de las especies del Anexo I de la Directiva 2009/147 y migratorias. Dicho inventario no es jurídicamente vinculante pero goza de apariencia de certeza, salvo prueba científica contraria (STJUE 28 junio 2007, C-235/04, ap. 20 a 27; STJUE 13 diciembre 2007, C-418/04, ap. 46 a 57; STJUE 19 mayo 1998, C-3/96 apds. 60-64). Aunque no se designen ZEPA, si se consideran las IBA lugares esenciales o de alto valor para las aves, deben tomarse, en base al art. 4.4 de la Directiva de Aves, medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de sus hábitats o la perturbación de las aves, o esforzarse para evitarlo (STJUE 20 septiembre 2007, C-388/05; STJUE 18 diciembre 2007, C-186/06; STJUE 24 noviembre 2016, C-461/14). 6. La obligación de declarar ZEPA debe apreciarse en relación con el territorio del Estado miembro, incluso aunque existan en otros Estados territorios más adecuados, pues donde las especies son bastante frecuentes, las ZEPA aseguran la conservación de gran parte de su población total, y en los Estados donde sean raras, las ZEPA contribuyen a la distribución geográfica de las especies, asegurando el objetivo de la constitución de una red coherente (STJUE 13 diciembre 2007, C-418/04, ap. 58 a 61; STJUE 19 mayo 1998, C-3/96 ap. 56 y 58). 7. La obligación de clasificación de una ZEPA no se extingue por el hecho de que actualmente el lugar ya no sea el más adecuado. Un Estado no puede aprovecharse del incumplimiento de sus obligaciones de clasificar y proteger un lugar, pues en las zonas que no han sido clasificadas ZEPA aunque debieran serlo, deberían haberse adoptado medidas apropiadas para evitar su deterioro (art. 4.4 Directiva Aves) y además, es posible que una especie vuelva a colonizar dicho territorio (STJUE 13 diciembre 2007, C-418/04 ap. 81 a 88, 121-122; STJUE 19 mayo 1998, C-3/96 ap. 62; STJUE 28 junio 2007, C-235/04, ap. 22; STJUE 7 diciembre 2000, C-374/98, ap. 47 y 57; STJUE 13 julio 2006, C-191/05, ap. 13 y 14)».

(108) *Nemo audire debet turpitudinem propriam allegans*: nadie debe obtener beneficio de su propia torpeza o mala actuación. *Vid.* art. 115.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

«supervivencia y reproducción de estas especies» (109). Y por lo que respecta a la DH, la propuesta de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) ha de basarse en criterios científicos nuevamente, lo que conlleva la aplicación del régimen preventivo (110) y bajo la garantía de su conservación incluso ante cualquier clase de actuaciones, bien sean autorizadas, toleradas o claramente clandestinas, fortuitas o intencionadas (arts. 3, 4 y 6 de la DH) (111). Al caso se aplican asimismo los principios de precaución y cautela ambiental (112) para cumplir con la obligación de no deterioro, sin que quepa aducir circunstancias ajenas a la biodiversidad, como los criterios económicos y sociales, lo que hace en numerosos ocasiones este borrador de plan de gestión del humedal. Con otras palabras, carece de todo amparo jurídico la paralización del expediente de declaración de la ZEPA de este humedal adoptada en 2013 y el mantenimiento de su desecación.

La presencia objetiva de estas especies y hábitats conlleva la aplicación de la DH y la DA, por lo que nada añade la celebración de consultas municipales o rechazos a la tramitación para su inclusión en la Red Natura 2000 gracias a las repetidas alusiones a la «gobernanza», como excusa de la inacción administrativa, a riesgo de convertirse aquélla en un «flatus vocis» o «hollow shibboleth». Se trata aquélla de una palabra vacía de significado concreto, de la que abunda este borrador de plan, dado el carácter indisponible e imperativo de las normas europeas, y por supuesto las nacionales, de protección

(109) Art. 44 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y Biodiversidad (LPNB).

(110) En el art. 43 de la LPNB se establece: «Desde el momento que se envíe al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la lista de los espacios propuestos como LIC, para su traslado a la Comisión Europea, éstos pasarán a tener un régimen de protección preventiva que garantice que no exista una merma del estado de conservación de sus hábitats y especies hasta el momento de su declaración formal».

(111) M. S. GALLEGO BERNAD (2017: 15): «Para seleccionar los LIC, la Directiva de Hábitats establece unos criterios detallados en sus arts. 3 y 4 y el Anexo III, que deben tomarse como base, junto con la información científica pertinente, por lo que el margen de apreciación de los Estados está limitado a su aplicación (STJUE 14 septiembre 2006, C-244/05, ap. 33). No pueden considerarse exigencias económicas, sociales y culturales, ni particularidades regionales y locales en la elección y delimitación de LIC, pues la Comisión debe disponer de un inventario exhaustivo de los lugares que, a nivel nacional, posean interés ecológico, ya que el estado de conservación favorable de un hábitat o especie debe apreciarse en relación con el conjunto del territorio europeo de los Estados miembros. En caso contrario la Comisión no tendría la seguridad de contar con un inventario exhaustivo de los lugares que pueden designarse ZEC, y el objetivo de la inclusión de estas zonas en una red ecológica europea coherente podría quedar incumplido (STJUE 7 noviembre 2000, C-371/98). Esta jurisprudencia ha sido recogida por los Tribunales españoles, entre otras, en la STS de 18 octubre de 2012, rec. 5894/2009 que trató la ampliación del LIC del Prat del Llobregat».

(112) B. SORO MATEO (2017).

de la biodiversidad (113). Por tanto, no tiene amparo jurídico alguno y son totalmente rechazables previsiones como la «prioridad» para el riego según qué épocas (114), máxime cuando tampoco existe título jurídico alguno para este aprovechamiento privativo de aguas públicas (115). Y ni siquiera se ha creado una comunidad de regantes regulada bajo la normativa actual, que recordemos, entró en vigor el 1 de enero de 1986. Es especialmente grave, por otro lado, la negativa de la Administración autonómica a incluir esta laguna en la Red Natura 2000. Y hasta que se produzca tal clasificación, se hace precisa la adopción de las oportunas medidas cautelares (116).

Por otra parte, desde un punto de vista de la creación de estructuras administrativas, el borrador del Plan adolece en mi opinión del grave defecto de anunciar entidades que se solaparán sin duda con el poder de decisión de la CHE y el Gobierno (117), añadiendo más confusión si cabe y desvirtuando la eficacia de nada menos que una debida inmatriculación del Registro de Aguas (118).

La falta de cumplimiento de la DH y la DA puede conllevar a su vez el incumplimiento de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental (DRMA). Se trata de las cuestiones relativas a la prevención y reparación de daños de las especies mencionadas en el apartado 2 del art. 4 o enumeradas en el Anexo I de la DA y en los Anexos II y IV de la DH. También se trata de los hábitats de especies mencionadas en el apartado 2 del art. 4 o enumerados en el Anexo I de la DA y en el Anexo II de la DH, y los hábitats naturales incluidos en el Anexo I de la DH

(113) GOBIERNO DE ARAGÓN (2020: 4). Aquí se dice: «desde el Ayuntamiento de Cella se impulsó en 2018 la convocatoria de una consulta popular entre los vecinos del municipio en relación a la declaración de la finca municipal El Prado como ZEPA. Dicha consulta se resolvió con un claro respaldo a la postura contraria a la inclusión del espacio en la Red Natura 2000». *Vid.* también la p. 52 y ss. sobre un «modelo de gobernanza». Sobre las consultas populares, *vid.* S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M. PÉREZ MONGUIÓ (2019).

(114) GOBIERNO DE ARAGÓN (2020: 40 y ss.).

(115) Que necesitaría previamente la oportuna concesión, de acuerdo con el art. 59.1 del TRLA: «Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa».

(116) P. BRUFAO CURIEL (2017b).

(117) Consejo Científico, Comité del Humedal, Grupos de Trabajo. Del Comité del Humedal vemos la absoluta desproporción entre sus miembros: tres representantes del sector del regadío o de los Ayuntamientos frente a uno solo del sector ambiental. Es un ejemplo ilustrativo de la sobrerrepresentación y de la huida a fórmulas huecas como las de gobernanza y consenso que no pueden evitar, simplemente, que se respete el Derecho y el ejercicio de la responsabilidad y la autoridad con las que se ha investido a los poderes públicos, lo que destacados autores han denominado «la trampa del consenso» y han descrito la lógica de la acción colectiva, aspecto teorizado magistralmente por M. OLSON (1992) y F. SOSA WAGNER (2005).

(118) M. R. LLAMAS MADURGA y P. BRUFAO CURIEL (coords.) (2002).

y lugares de reproducción o zonas de descanso de las especies recogidas en el Anexo IV de la DH.

Esta Directiva define como «daño ambiental» los daños a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I de la DRMA (119).

Este es el planteamiento de la STJUE (Sala Primera), de 9 de julio de 2020 (C-297/19), que resuelve dos cuestiones prejudiciales plantadas ante la aplicación de la DRMA en un caso de drenaje de un humedal que, como en el caso del Cañizar, alberga hábitats y especies protegidos por el ordenamiento de la UE. Este drenaje provocó un «daño significativo» a los efectos de la oportuna responsabilidad medioambiental (120). En este supuesto, el drenaje fue ejecu-

(119) Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no comprenden los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la DH o el art. 9 de la DA, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza.

(120) El anexo I de la DRMA, que lleva por título «Criterios a que se refiere la letra a) del punto 1 del art. 2», establece: «El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como: el número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia; el papel de los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario); la capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones); la capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan solo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico. Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos. No tendrán que clasificarse como daños significativos los siguientes: las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate; las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores; los daños a especies o hábitats con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan solo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico».

tado por entidades similares a nuestras comunidades de regantes (121), ante lo cual la DRMA liga la «gestión corriente de los parajes» y una «actividad profesional» por delegación de funciones públicas (122) al daño significativo.

Esta STJUE entiende, al fin, que el concepto de la DRMA de «gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores», en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, debe entenderse en el sentido de que abarca:

a) Por una parte, toda medida de administración o de organización que pueda incidir en las especies y los hábitats naturales protegidos que se encuentren en un lugar recogidos por la DH y la DA, e interpretada, en su caso, en referencia a toda norma de Derecho interno que transponga esas dos últimas Directivas o, en su defecto, compatible con el espíritu y el objetivo de esas Directivas.

b) Y, por otra parte, toda medida de administración o de organización considerada usual, generalmente reconocida, establecida y aplicada desde un

(121) Párrafos 20 y 21 de esta STJU: «20. Para ser habitada y explotada con fines agrícolas, la península de Eiderstedt precisa drenaje. Este se lleva a cabo por medio de zanjas situadas entre las parcelas, que desembocan en una red de canalizaciones y cuyo mantenimiento corresponde a los usuarios respectivos de las superficies adyacentes. La carga del mantenimiento de las canalizaciones como colectores de agua incumbe a 17 asociaciones de gestión de recursos hídricos y terrestres establecidos en la península de Eiderstedt. 21. Esas 17 asociaciones están federadas en el Deich- und Hauptsielverband Eiderstedt, Körperschaft des öffentlichen Rechts, asociación de gestión de recursos hídricos y terrestres constituida bajo la forma jurídica de entidad de Derecho público. Entre las misiones que le encomienda la Ley figura el mantenimiento de las aguas superficiales como obligación de Derecho público. Para llevar a cabo esa misión, el Deich- und Hauptsielverband Eiderstedt explota, en particular, las instalaciones de Adamsiel que incluyen una esclusa de caza y una estación de bombeo. Esa estación drena la totalidad del territorio cubierto por dichas asociaciones federadas gracias a una bomba que se activa de manera automática cuando se alcanza un determinado nivel de agua. Las operaciones de bombeo puestas en marcha dan lugar a que se reduzca el nivel del agua».

(122) El párrafo 26 de la STJUE recoge el planteamiento principal de la cuestión prejudicial: «En particular, el órgano jurisdiccional remitente pretende saber, en primer lugar, si el concepto de "gestión" debe entenderse en el sentido de que se refiere únicamente a las operaciones agrícolas o si también abarca la explotación de una estación de bombeo para la irrigación y el drenaje de las superficies agrícolas; en segundo lugar, si el carácter "corriente" de la gestión debe apreciarse únicamente respecto de los registros de hábitats y de la documentación de objetivos o si puede serlo también respecto de otros principios generales de Derecho nacional como la buena práctica profesional a la que se refiere el artículo 5, apartado 2, de la BnatSchG; en tercer lugar, si el carácter anterior de la gestión efectuada por el propietario o por el operador implica únicamente que esa gestión debe haber sido ejercida en un momento cualquiera anterior a la fecha de transposición de la Directiva 2004/35, a saber, el 30 de abril de 2007, o si debe también continuar siendo ejercida en esa fecha y, en cuarto lugar, si esa gestión anterior debe producirse independientemente o no de los registros de hábitats y de la documentación de objetivos».

tiempo suficientemente largo por los propietarios o los operadores hasta que se produce un daño ocasionado por el efecto de esa medida a las especies y a los hábitats naturales protegidos, debiendo ser además la totalidad de esas medidas compatible con los objetivos que subyacen a las DH y DA y, en particular, con las prácticas agrícolas generalmente admitidas.

Y por «actividad profesional» se refiere a las actividades desempeñadas en interés de la colectividad en virtud de una delegación legal de funciones, cual es el caso de nuestras comunidades de regantes o entidades colectivas de aguas.

La similitud con el caso de nuestra laguna turolense es innegable, tanto por la actividad agraria que mantiene desecada la laguna como por quién lo hace, entidades con fines agrarios que ejercen funciones públicas, a pesar de que no se hayan constituido oficialmente como comunidades de regantes según el Derecho vigente. Debe recordarse, como apunta la STJUE, que la DRMA tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental basado en un grado elevado de protección del medio ambiente y en los principios de cautela y de quien contamina paga, para la prevención y la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores (123).

Y por lo que se refiere al plan hidrológico de la demarcación del Ebro (124), la laguna del Cañizar de Villarquemado queda recogida en el Anejo 4.1 «Estado y objetivos medioambientales de las masas de agua y fichas justificativas» del Plan Hidrológico del Ebro para el periodo 2015-2021 con el código 1046. Según la tabla con el estado y objetivos medioambientales de las masas de agua superficial, la laguna del Cañizar se califica así en su anexo 4.1 «Estado y objetivos medioambientales de las masas de agua y fichas justificativas» del Plan Hidrológico del Ebro para el periodo 2015-2021», código 1046, como una masa de agua del tipo lago muy modificada, de 1.129,21 ha de extensión, con un estado físico-químico moderado, un estado hidromorfológico bueno, un estado ecológico malo sin que se alcance el buen estado ecológico de la DMA, y que en 2027 ha de alcanzar el potencial ecológico (art. 4.4 de la DMA).

Estos motivos indican, consecuentemente, que las obligaciones de restauración han de imponerse sobre los eventuales derechos de riego que se establezcan en un futuro, como cualquier limitación del uso del dominio público

(123) Sobre la responsabilidad medioambiental, *vid.* J. E. SORIANO GARCÍA y P. BRUFAO CURIEL (2013: 69-86).

(124) Aprobado por el RD 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

hidráulico, recogida como sabemos en las disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA.

IV. LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR EL ORGANISMO DE CUENCA

Ahora bien, lo que sí es verdadero motivo de preocupación es el olvido del principio jurídico público de la irrenunciabilidad de las competencias administrativas y sus eventuales consecuencias jurídicas de todo orden jurisdiccional (art. 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público —LSP—) (125). Bajo este principio, la actividad administrativa de la CHE no puede otorgar carta de naturaleza a sendos convenios o acuerdos (126) firmados por un jefe de servicio de la CHE con la Juntas de Agua del Río Cella y Acequia del Cañizar.

(125) «La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes».

(126) De 19 de marzo de 2007, curiosamente firmada por el presidente de la Junta de Aguas y el Jefe de Servicio de Estudios Ambientales del Área de Gestión Ambiental de la CHE. Hemos encontrado otro acuerdo, de 29 de mayo de 2008, firmado por el Comisario de Aguas de la CHE y el presidente de la Junta General, el Secretario General de la Subdelegación del Gobierno en Teruel y los representantes de los siete municipios, en la que se vuelve a reconocer, sin amparo jurídico, el derecho al riego «para los usos agrícolas existentes», a pesar de que no están definido en modo alguno, y el deber de inscribir estos aprovechamientos en el Registro de Aguas, que implica el reconocimiento de esta situación. De forma llamativa, el uso del agua para la laguna se hará siempre y cuando «la Junta General decida que no se necesita agua para regar, por excesos o por cualquier otra razón». Tanto por exceso como por defecto, estos acuerdos se han firmado sin contar con las competencias adecuadas, lo cual hace que se incurra en el motivo de nulidad de pleno derecho del art. 47 de la LPAC. El art. 33 del RD 927/1988, de 29 de julio, del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPA) atribuye solo a los presidentes de los organismos de cuenca «la representación legal del Organismo» y la «superior función directiva y ejecutiva», así como la función residual del «ejercicio de cualquier otra función que no esté expresamente atribuida a otro órgano» y «otorgar las concesiones y autorizaciones de aprovechamiento del dominio público hidráulico y las autorizaciones relativas al régimen de policía de aguas y cauces». El art. 9 del RD 984/1989, de 28 de julio, que determina la estructura orgánica dependiente del Presidente de las Confederaciones Hidrográficas permite, exclusivamente, la delegación de competencias al Comisario de Aguas, al Director Técnico y al Secretario General, dependiendo de las funciones. No nos consta delegación alguna, que ha de ser expresa, algo que tampoco podría haberse celebrado para otorgar esa competencia a un mero jefe de servicio. Algunos ejemplos de correcta delegación los tenemos en la Resolución de 5 de septiembre de 2017, de la Confederación Hidrográfica del Duero sobre delegación de competencias (BOE de 15 de septiembre de 2017), o la de 14 de diciembre de 2019 de la Confederación Hidrográfica del Ebro (BOE de 4 de enero de 2020).

Gracias a uno de estos acuerdos, la CHE se hace cargo al desgaire en 2007 de las limpias de las acequias, función propia y a cargo de aquellas entidades de riego y recogidas en las ordenanzas de 1742, reconociendo por tiempo indefinido (127) y sin amparo jurídico derechos de riego no inscritos (128) y una «garantía de reversibilidad» si los perjuicios que ocasiones la laguna «así lo aconsejan». Sin embargo, hemos de advertir que el cumplimiento de las Directivas de la UE y de las obligaciones de conservación no implica jurídicamente perjuicio alguno ni supone ablación de derechos que causen responsabilidad patrimonial. Tal cumplimiento del Derecho de la UE es el punto de partida para que, una vez legalizadas las tomas de aguas y reconocidos los derechos al riego, las comunidades de regantes que hereden las funciones de esas juntas de aguas se constituyan conforme a Derecho. Lo contrario es una cuestión sobre el dominio público hidráulico que podemos calificar de ejercicio privado de funciones públicas sin título jurídico suficiente.

En 2008 se vuelve a reconocer, sin amparo jurídico alguno, el derecho al riego «para los usos agrícolas existentes», a pesar de que no están definidos en modo alguno, y el deber de inscribir estos aprovechamientos en el Registro de Aguas, que implica el reconocimiento de todos los problemas que se han descrito en este trabajo.

De forma llamativa, el uso del agua para la laguna se hará siempre y cuando «la Junta General decida que no se necesita agua para regar, por excesos o por cualquier otra razón». A estos acuerdos se le añade sin pudor la potestad de fijar por la Junta General cuándo se da una situación de sequía (129), competencia reservada exclusivamente nada menos que al Gobierno de la Nación mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros (art. 58 del TRLA) y motivada con datos científicos. Como es obvio, estas asunciones de funciones públicas no pueden tener cabida en nuestro Derecho, con las eventuales consecuencias oportunas.

La cuestión competencial no acaba ahí, puesto que en 2013, la Confederación Hidrográfica del Ebro entregó las compuertas de la laguna del Cañizar

(127) Estos acuerdos implican, de hecho, un aprovechamiento privativo y que se reconoce sin procedimiento administrativo alguno, ante lo cual recordamos que no se permiten ya las concesiones a perpetuidad y mucho menos por tiempo indefinido (art. 97 del RDPH y art. 93 de la LPAP).

(128) De hecho, se conceden potestades sobre aprovechamiento del dominio público gracias a estos acuerdos, prescindiendo no sólo de la competencia exigida, sino del proceso legalmente establecido sobre el otorgamiento de concesiones, otro motivo de nulidad radical de pleno derecho.

(129) La «sequía» no es un concepto único, sino que existen muy variados tipos como la meteorológica o la hidrológica, con consecuencias jurídicas muy diferentes. P. BRUFAO CURIEL (2012).

a los regantes del río Cella para su gestión y control, con alusión expresa a la necesidad de respetar «los acuerdos que se firmaron en su día con la Junta General de Aguas del río Cella, en virtud de los cuales los trabajos de recuperación de la antigua laguna del Cañizar responden a un mejor aprovechamiento del agua» (130).

Aunque en la actualidad las compuertas estén abiertas, no tenemos constancia (131) de la firma de ninguna encomienda de gestión, tras el oportuno expediente, entre la CHE y las juntas de aguas para el manejo de las compuertas que permita el llenado de la laguna. Como es sabido, esta encomienda de gestión es la figura de ejercicio de competencias preceptiva para la realización por terceros de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público «por razones de eficacia». En ningún supuesto supone la cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda (art. 11 de la LSP).

Es decir, en virtud de esos acuerdos, firmados sin contar con la competencia exigida, se evita la adopción de una encomienda de gestión (132),

(130) En 2006 se redactaron varios proyectos de restauración, poniéndose diversos terrenos para su inundación. En el caso de Villarquemado sobre el monte utilidad pública (MUP) n.º 276 «El Prado» y en Cella mayoritariamente sobre el monte conveniado n.º 441216501. La superficie máxima que se ha visto inundada es de 365,72 ha, de las cuales 211,83 ha están en Villarquemado y por tanto sobre el MUP n.º 276 y 176,89 ha en Cella de las cuales 141,89 ha sobre el monte conveniado y el resto sobre terreno de propiedad municipal. Se ejecutaron diversas obras en 2007 y en 2009 y en cumplimiento del acuerdo firmado la CHE instalaron dos dispositivos de medición de caudal y nivel en el Acequia Madre aguas abajo de la Laguna del Cañizar, en los enclaves «Puente Nuevo» y Villafranca», y un año después, se colocaron seis medidores de nivel en puntos representativos dentro del vaso, para tener un mejor conocimiento de las fluctuaciones hídricas tanto a nivel superficial como subterráneo. La campaña de riego de 2012 fue la última en la que se almacenó agua en la Laguna. Las compuertas no se volvieron a bajar al final del verano por decisión del presidente de la Junta General de Aguas.

(131) Al menos no hemos encontrado nada en el BOE que así lo especifique.

(132) Hay abundantes ejemplos de encomiendas de gestión firmados por los presidentes de los organismos de cuenca y comunidades de regantes. Como muestra, el Convenio de encomienda de gestión entre la Confederación Hidrográfica del Guadiana y la Comunidad de Regantes de Mérida, para la gestión de infraestructuras en el Sector Arroyo-Calamonte de la Zona Regable Oficial de Lobón (BOE de 20 de abril de 2018); la encomienda de gestión entre la Confederación Hidrográfica del Guadiana y la Comunidad de Regantes de Talavera la Real, para la Gestión de Infraestructuras Hidráulicas dentro del ámbito geográfico de esta Comunidad de Regantes (BOE de 25 de agosto de 2020), o la encomienda de gestión entre la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y la Comunidad de Regantes del Sector B-XII del Bajo Guadalquivir para la explotación, conservación, mantenimiento, reparación y

acuerdos que en todo caso tampoco podrían haber abarcado cuestiones en las que se ejerzan funciones públicas irrenunciables, como decretar la situación de sequía o decidir el aprovechamiento privativo de aguas públicas sin concesión (arts. 23 y 24 del TRLA, que regulan las funciones del organismo de cuenca), máxime por entidades que no se han adaptado a la normativa sobre comunidades de regantes bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1879, la Ley de Aguas de 1985 y el TRLA.

Con buen criterio, no obstante, el borrador del Plan reconoce la ausencia de datos seguros o de indicios de qué volúmenes de agua se emplean de los distintos orígenes que nutren el vaso de la laguna (133), no solo los pretendidamente de titularidad de los regantes. Esta es una cuestión objetiva que ha de calcularse exclusivamente mediante métodos científicos y controlarse objetivamente antes y después de la ejecución de las obras de restauración, con el fin de comprobar, con datos y cumpliéndose los objetivos de conservación de hábitats y especies, que son necesarias las 459,90 ha de la zona núcleo y el resto como zona de protección hasta contemplar las 795,02 ha previstas en el plan de recuperación.

V. LAS OBRAS DE RESTAURACIÓN DE LA LAGUNA DEL CAÑIZAR COMO OBRAS DE INTERÉS GENERAL

Por último, creemos necesario detenernos para estudiar la posibilidad jurídica de que las obras de restauración de la laguna se califiquen «de

vigilancia de las infraestructuras de la Estación de Bombeo en el Sector B-XII. Toma directa del Guadalquivir (BOE de 12 de junio de 2019).

(133) GOBIERNO DE ARAGÓN (2020:8-11): «Las escasas precipitaciones y la ausencia de aportes de cauces de la cuenca hidrográfica, lleva a pensar que el aporte mayoritario de agua es de carácter subterráneo (Rubio, 2002; 2004), procedente de la unidad hidrogeológica Cella-Molina de Aragón directamente o a través de los manantiales de la vega de Cella. No obstante, el humedal también se recarga con aguas torrenciales fundamentalmente veraniegas, que aportan sobre todo las ramblas. Así mismo, el humedal recibe parte del caudal de la fuente de Cella, tanto por retornos de riego como por infiltración procedente de las acequias que parten de ella. Las salidas principales del agua son por evapotranspiración y por pérdidas hacia el acuífero (Rubio, 2004), además de las que se producen a través de la acequia madre». La red hidrográfica de la zona está articulada en torno a un drenaje central de 45 km que atraviesa el humedal de Sur a Norte, la Acequia Madre. Ésta nace a las afueras del casco urbano de la localidad de Cella (Rubio, 2002; 2004). También se informa de que «las acequias de riego que parten de la Fuente de Cella (Caudal al este y La Granja y Pequeña al oeste) no están conectadas con la Acequia Madre. El agua del humedal y, con ello la que circula por la Acequia Madre, alimenta a través de 19 azudes, el sistema de riegos que se extiende por la vega de Santa Eulalia, Torremocha, Torrelacárcel, Alba y Villafranca. Las infraestructuras de este complejo sistema de acequias de riego no han cambiado en los más de tres siglos que lleva de funcionamiento».

interés general» (134). Partiendo del interés general que subyace en todo lo relativo al dominio público hidráulico (135), la CHE y el Ministerio competente son los responsables de su cuidado y administración (136), lo que incluye el estudio, proyecto, ejecución, conservación, explotación y mejora de las obras incluidas en sus propios planes, así como de aquellas otras que pudieran encomendárseles.

A su vez, el art. 122 y ss. del TRLA regulan las obras hidráulicas, definidas como «la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección frente avenidas, tales como presas, embalses, canales de acequias, azudes, conducciones, y depósitos de abastecimiento a poblaciones, instalaciones de desalación, captación y bombeo, alcantari-lado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezómetros, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico». Son esta última referencia junto con las actuaciones sobre cauces las que acogerían las obras de restauración del humedal, que bien pueden ser declaradas de interés general, ya que el art. 46 TRLA califica de tal manera a obras como las propuestas en su apartado 1. b) (137), máxime si la protección de las aguas se lleva a cabo en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho de la UE y en una zona protegida (138).

(134) A. GARCÉS SANAGUSTÍN (2005). Recordamos que la STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 18 de mayo de 2016, rechazó la vía de hecho alegada contra la CHE por las Juntas de Aguas de Santa Eulalia, de Villafranca del Campo y de Torremocha de Jiloca en las obras de restauración de la laguna.

(135) Art. 1.3 del TRLA: «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico».

(136) De la forma en que se desgrana en los arts. 23 y 24 del TRLA, como ya hemos visto.

(137) «Las obras necesarias para el control, defensa y protección del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, especialmente las que tengan por objeto hacer frente a fenómenos catastróficos como las inundaciones, sequías y otras situaciones excepcionales, así como la prevención de avenidas vinculadas a obras de regulación que afecten al aprovechamiento, protección e integridad de los bienes del dominio público hidráulico».

(138) La Directiva 2000/60/CE, Marco del Agua (DMA) recoge en su Anexo VI la nueva creación y la restauración de humedales.

Y por lo que respecta a las obras de regadío, como la serie de tajaderas y canales que jalonan el vaso de la laguna, simplemente hemos de recordar que el art. 59.3 del TRLA prevé que si, para la realización de las obras de una nueva concesión, fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el organismo de cuenca podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del peticionario.

Con todo ello, y dada la intervención de las entidades locales en el tortuoso proceso de recuperación de este humedal, hay que estar a lo dispuesto en el art. 127 del TRLA, por el cual obras hidráulicas de interés general y las obras y actuaciones hidráulicas de ámbito supramunicipal, incluidas en la planificación hidrológica, y que no agoten su funcionalidad en el término municipal en donde se ubiquen, no estarán sujetas a licencia ni a cualquier acto de control preventivo municipal. Por otra parte, los terrenos reservados en los planes hidrológicos para la realización de obras hidráulicas de interés general, así como los que sean estrictamente necesarios para su posible ampliación, tendrán la clasificación y calificación que resulte de la legislación urbanística aplicable y sea adecuada para garantizar y preservar la funcionalidad de dichas obras, la protección del dominio público hidráulico y su compatibilidad con los usos del agua y las demandas medioambientales. Los instrumentos generales de ordenación y planeamiento urbanístico deberán recoger dicha clasificación y calificación.

Los criterios o parámetros a tener en cuenta sobre el particular apuntado han de estar presididos por la doctrina reiteradamente formulada al respecto por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 40/1998, de 2 de enero, y 118/1998, de 4 de junio, a cuyo tenor los problemas derivados de las situaciones de concurrencia competencial deben resolverse preferiblemente acudiendo a las diversas técnicas de colaboración interadministrativa voluntaria (colaboración orgánica o informes previos, p. ej.). Y en caso de que dichos mecanismos de cooperación no sean suficientes o resulten ineficaces, deberá darse prioridad a las competencias estatales, en la medida en que bajo las mismas subyace un interés general, el cual debe prevalecer sobre los intereses locales e incluso autonómicos. Más exactamente, el supremo intérprete de la Constitución tiene sentado que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» y con mayor razón aún, por un Ente Local, prevaleciendo la competencia más específica sobre la más general cuando concurren competencias sobre el mismo objeto, siendo la más específica en el caso del humedal y la obra hidráulica de restauración, la propia de la CHE (139).

(139) SSTC 77/1984, de 3 de julio y 204/2002, de 31 de octubre, entre otras muchas allí citadas.

Para acabar, la posible protección municipal urbanística tampoco tiene lugar, como hemos indicado más arriba, pues son varias las referencias del TRLA sobre los instrumentos urbanísticos. El art. 99 bis 5º, introducido por la reforma del TRLA practicada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, habla de la supeditación de las competencias municipales a la protección de los recursos hidráulicos y lo mismo se establece respecto de los planes hidrológicos de cuenca. Estos planes hidrológicos han de ser interpretados de modo conjunto y sistemático en relación con esta obra concreta, de claro matiz ambiental, medio ambiente que es el principio rector de nuestro Derecho de Aguas desde la entrada en vigor de la DMA.

VI. CONCLUSIONES

En los últimos años se suceden en España los proyectos de recuperación de humedales que una vez fueron desecados, principalmente por motivos agrarios y sanitarios. Los títulos jurídicos que dieron lugar en su día a tales proyectos son de lo más variado y, en consecuencia, hay que acudir a ellos de forma casuística, con el fin de determinar su vigencia hoy en día como efecto de las disposiciones transitorias de las distintas normas propias del Derecho de Aguas y la aplicación de otras, de marcado carácter ambiental, que configuren esos viejos derechos o facultades otorgados hace siglos.

No obstante y gracias a dicha casuística, disponemos ya de una consolidada jurisprudencia en materia de titularidades tras la recuperación de lagunas emblemáticas como las de Ruidera o la Janda. Pero hasta ahora, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado de la complejidad añadida a la recuperación de estas lagunas por los conflictos no solo jurídicos o competenciales, sino también sociales, económicos, ambientales y de gestión que la realidad actual nos plantea. Una adecuada respuesta exige un claro deslinde de derechos y deberes para todas las partes interesadas y pasa por una necesaria y correcta articulación de las responsabilidades administrativas asociadas a los diferentes ámbitos competenciales intervinientes en la materia, sin renuncia o menoscabo de las potestades que a cada órgano interviniente competen.

A partir del estudio de lo acontecido con motivo de la recuperación de la laguna del Cañizar y su inclusión en el Inventario de Humedales Protegidos de Aragón, hemos comprobado una vez más que los hechos consumados al margen de la Ley no son la mejor solución a los conflictos y estos tienden a perpetuarse, cuando el deslinde y el ejercicio de los derechos y deberes que el ordenamiento jurídico confiere a cada una de las partes implicadas no están claros o no se ejercen.

Tras el exhaustivo análisis de los aprovechamientos históricos de las diversas aguas de las que se alimenta la laguna del Cañizar, del estudio de

la legislación de aguas actual e histórica y de la aludida jurisprudencia, se llega a la conclusión de que las Reales Ordenanzas de 1742, por las que se han venido rigiendo hasta la actualidad -aparentemente- los regantes que aprovechan sus aguas, no otorgan derechos al uso privativo de estas aguas ni reconocen su titularidad privada a favor de las denominadas todavía Juntas de aguas y los municipios que las aprovechan, ya que aquellas Ordenanzas solo se refieren al reparto de los turnos de riego. Y no solo eso, sino que, como en otros casos estudiados, las diversas aguas objeto de aprovechamiento son de naturaleza demanial o pública y no de propiedad privada basada en aquellos aprovechamientos históricos. Y tampoco ha lugar a que pueda aducirse a favor de la conocida «pátina de los pergaminos» de viejos usos del agua, que la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de las aguas de la fuente de Cella implique algún tipo de propiedad municipal que excluya el dominio público estatal, que, como tal, es imprescriptible. El hecho objetivo de la existencia de la laguna califica, además, su lecho y aguas como bienes demaniales y como tales no se pueden adquirir por uso continuado durante siglos.

De esta conclusión participa la propia Confederación Hidrográfica del Ebro en el caso de estudio que nos ocupa, que considera como públicas las aguas del Cella o del Jiloca conforme vemos en los precedentes administrativos y jurisprudenciales examinados y a los que se han aquietado los interesados. Por tanto, en la actualidad al no existir título jurídico alguno, ni una concesión de dominio público, que permitiese el aprovechamiento privativo de aquellas aguas para el riego, la CHE estaría facultada incluso para impedir tales usos agrarios del agua hasta que no se regularice la situación de los regantes conforme a la vigente Ley de Aguas.

La antigüedad de estos aprovechamientos, que datan de antes del siglo XVIII, nos ha permitido ahondar en el estudio de la vigencia de las Juntas de aguas como entidades históricas que gestionan el riego con parte de los caudales que nutren la laguna del Cañizar. A pesar de los siglos transcurridos, estas entidades de riego, con un origen impregnado de caracteres propios del Derecho municipal, han de cumplir los requisitos del Texto Refundido de la Ley de Aguas y ganar en seguridad jurídica con el fin de adaptarse a las exigencias previstas para las comunidades de regantes, cuya constitución puede llevarse a cabo de forma forzosa, a pesar de la pertinaz inactividad del organismo de cuenca en este sentido. Recordamos que esta medida estuvo prevista bajo la vigencia de la Leyes de Aguas de 1879 y de 1985, sin que se hayan cumplido estas previsiones a lo largo de tanto tiempo.

Una vez determinada la naturaleza pública del agua de la fuente de Cella, la de los manantiales existentes, la propia de los afloramientos del agua subterráneas, la procedente de la escorrentía y la de la misma laguna, e incluso aunque se considerasen como bienes privados, los trabajos de restauración de

la laguna devienen ineludibles por las obligaciones de conservación previstas en la Directiva Marco del Agua, la Directiva de Hábitats, la Directiva de Aves y su debida declaración de la laguna como Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA). A la misma conclusión se llega con las medidas previstas en el plan hidrológico del Ebro o la normativa de espacios protegidos de Aragón. Es decir, tanto la administración estatal como la autonómica están obligadas a cooperar en un mismo fin de protección, sin que la acción de una de ellas supla o elimine la competencia o responsabilidad de la otra, dado el carácter de «aguas protegidas» y «hábitat protegido» de la laguna, conforme a la legislación de aguas y de protección de la biodiversidad.

También hemos podido comprobar que esta obligación jurídica de restauración, delimitada en el oportuno proyecto, no conllevaría perjuicio jurídico o económico alguno para los regantes que dé lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, puesto que el aprovechamiento de las aguas para el riego, subsidiario de las necesidades del humedal, ha de delimitarse de modo cierto y cuantitativamente, respetándose siempre los límites de la recuperación de la laguna. Con el fin de avenirse al cumplimiento de la normativa ambiental europea, los eventuales proyectos y obras de restauración de la laguna del Cañizar pueden y deben considerarse como de interés general, calificación que facilitará estos trabajos y el respeto efectivo del ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, las obligaciones impuestas a las autoridades competentes en materia de aguas por la Directiva Marco del Agua no pueden sustituirse por un plan de gestión ambiental de la laguna del Cañizar. Ni puede éste servir como subterfugio para eludir la debida aplicación de la Directiva de Aves y la de Hábitats, con la consecuente declaración como ZEPA de la laguna, y mucho menos sin la debida determinación de los caudales que se podrán aprovechar de forma privativa de acuerdo con la Ley de Aguas, respetándose siempre como decimos los objetivos de conservación obligados. Se hace preciso acudir por tanto a los oportunos mecanismos de coordinación y cooperación administrativa entre la CHE y el Gobierno de Aragón.

Tampoco una consulta popular al margen de los procedimientos de participación legalmente establecidos puede impedir una decisión administrativa, como es la obligada designación de un hábitat conforme a las citadas directivas por las que se regula la Red Natura 2000 europea ni la adopción de las medidas cautelares de protección pertinentes establecidas en la Ley del Patrimonio Natural y Biodiversidad. En ningún caso, tal consulta popular tampoco puede arrumbar la aplicación del mecanismo de la responsabilidad medioambiental conforme a la Directiva de responsabilidad por daños al medio ambiente, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

De igual modo, y a pesar de los esfuerzos demostrados para la recuperación de la laguna por parte del organismo de cuenca, el llevar a cabo esta

responsabilidad en un marco de consenso con los regantes no puede suponer nunca una renuncia al ejercicio de sus competencias. Carecería de todo amparo jurídico y sería nulo de pleno derecho cualquier acuerdo con entidades colectivas de regadío que diera prevalencia al riego sobre los objetivos de conservación de un humedal protegido, por muy consolidados e históricos que fueran sus derechos.

Se muestra así, una vez más, en el ejemplo de la laguna del Cañizar, que la aplicación hoy en día de normas de origen muy antiguo han de casar ineludiblemente con las nuevas exigencias legales de protección ambiental, que cuenta con el principio constitucional de respeto, conservación y reparación ambiental como eje vertebrador y orientador de las políticas y actuaciones de los poderes públicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AL-MUDAYNA (1991): *Historia de los regadíos en España (... a. C.-1931)*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 743 pp.
- ANDRÉS SARASA, José Luis (2014): *Los derechos históricos del río Cella*, Ayuntamiento de Santa Eulalia del Campo, 111 pp.
- (2007): «Una experiencia frustrada de desarrollo en los regadíos de la Comarca Agraria “Cuenca del Jiloca”, *Xiloca*, 35, pp. 231-270.
 - (1999): «Ordenanza y reglamento para el uso de las aguas de la fuente de Cella y de la laguna del Cañizar. Una aportación a los estudios de ordenación del territorio», *Xiloca*, 24, pp. 155-172.
- BARCELONA LLOP, Javier (1998): «Consideraciones sobre el dominio público natural», en esta REVISTA, 13, pp. 99-128.
- BARREIRA, Ana, BRUFAO, Pedro y WOLMAN, Andrew (2009): *Restauración de ríos: Guía jurídica para el diseño y la realización de proyectos*, Madrid, Ministerio de Medio Ambiente, 225 pp.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2014): *Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración*, Granada, Comares, 143 pp.
- BOLEA FORADADA, Juan Antonio (1978): *Los riegos de Aragón. V Congreso Nacional de Comunidades de Regantes*, Zaragoza, Sindicato Central de Riegos del Alto Aragón, 579 pp.
- BRUFAO CUIEL, Pedro (2017a): «La titularidad pública de los humedales: el caso de la laguna de La Janda», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 98, pp. 357-394.
- (2017b): «La indispensable adopción de las medidas cautelares en sede contencioso-administrativa para la protección jurídica de la Red Natura 2000»,

- Gallego Bernad, M. S., *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000: retos y experiencias*, Madrid, SEO/Birdlife.
- (2012): «El régimen jurídico de las sequías: crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima», *Revista de Administración Pública*, 187, pp. 199-239.
 - (2010): «Efectos demaniales, registrales y ambientales de la recuperación del dominio público hidráulico: el caso de las lagunas de Ruidera», *Revista de Administración Pública*, 183, pp. 235-246.
- BUESO ZAERA, Leocadio (1982): *Aprovechamiento integral de las aguas de la fuente de Cella (Teruel)*, «I Congreso Nacional de Derecho de Aguas. La reforma de la Ley de Aguas», Murcia, 735 pp.
- CAILVO CHARRO, M^a (1995): *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, BOE, 312 pp.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel (1997): *El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Madrid, Marcial Pons, 407pp.
- EMBIÓ IJUJO, Antonio (1978): *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 783 pp.
- (1993): *La defensa de los comunales (planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Madrid, Civitas, 332 pp.
- DÍAZ DÍAZ, Efrén (2016): «La abogacía ante la geoinformación. Aplicación de la Ley 13/2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, pp. 267-282.
- (2013): «Coordinación territorial mediante alteración catastral telemática e inscripción registral», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 874, p. 13.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2012): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Cizur Menor, Civitas, 2^a ed., 467 pp.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José M^a (2019): *Vox populi. Consultas populares y procesos participativos*, Pamplona, Aranzadi, 368 pp.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1973): «Las competencias administrativas en materia de aguas subterráneas», *Revista de Administración Pública*, n^o 72, pp. 9-26.
- FUENTES BODELÓN, Fernando (1968): «Obtención de títulos justificativos de la usucapión de aguas públicas», *Documentación Administrativa*, 125, pp. 59-80.
- GALLEGO BERNAD, M. S. (2017): «La Red Natura 2000 en el Derecho de la Unión Europea. Regulación general y cuestiones específicas», Gallego Bernad, M. S., *Aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea sobre Red Natura 2000: retos y experiencias*, Madrid, SEO/Birdlife, 114 pp.
- (2014): *La Red Natura 2000 en España. Régimen jurídico y análisis jurisprudencial*, Madrid, Seo/Birdlife, 438 pp.

- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2005): «El interés general como aspecto esencial del dominio público hidráulico», en esta REVISTA, 27, pp. 137-150.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2007): *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 4º ed., 197 pp.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1968): «Dictamen emitido a consulta de la Sociedad X sobre situación jurídica de determinados aprovechamientos de agua adquiridas por prescripción», *Revista de Administración Pública*, 56, pp. 483-516.
- GÓMEZ HERNÁNDEZ, Pablo (1999): «El ecosistema del alto Jiloca (río Cella)», *Xiloca*, 24, pp. 133-153.
- DE PASSÁ, Jaubert (1844): *Canales de riego de Cataluña y Reino de Valencia. Leyes y costumbres que los rigen. Reglamentos y ordenanzas de sus principales acequias*, Valencia, Sociedad Económica de Amigos del País, 2 vols.
- DEL SAZ, Silvia, FORNÉS, Juan Mº y LLAMAS, Ramón (2001): *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Madrid, Mundi-Prensa y Fundación Marcelino Botín, 331 pp.
- GOBIERNO DE ARAGÓN (2020): *Plan de Gestión del Humedal Singular del Cañizar*, Zaragoza.
- HORGUÉ BAENA, C. (2006): «Bienes públicos y Registro de la Propiedad», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 62, pp. 41-80.
- LANZUELA MARINA, Santiago (1987): *La fuente y el río Cella (antecedentes históricos)*, Zaragoza, Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, 46 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2019): *Conservar el patrimonio natural*, Madrid, Reus.
- LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón y BRUFAO CUIRIEL, Pedro (coords.) (2002): *Conflictos entre el desarrollo de aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Madrid, Mundi-Prensa y Fundación Botín, 324 pp.
- MADRAZO MELÉNDEZ, Belén. (2012): «Protección de los bienes jurídicos globales, el Registro y el medio ambiente», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, pp. 247-260.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas, 734 pp.
- (1960): «La elaboración de la Ley de Aguas de 1866», *Revista de Administración Pública*, 32, pp. 11-54.
- MORELL OCAÑA, L. (1972): «La concesión de marismas y el art. 126 de la Ley del Patrimonio del Estado», *Revista de Administración Pública*, 68, pp. 137-186.
- MOREU BALLONGA, José Luis (1996): *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Bosch, 877 pp.

- (2000): «Valor de los títulos históricos en el Derecho español de aguas», *Revista Gallega de Administración Pública*, vol.1, 26, pp. 15-46.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, Ariel, 602 pp.
- (1968): «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», *Revista de Administración Pública*, 56, pp. 9-92.
- OLSON, Mancur (1992): *La lógica de la acción colectiva*, México, Limusa, 199 pp.
- PÉREZ SARRIÓN, Guillermo (1990): «Regadíos, política hidráulica y cambio social en Aragón, siglos XV-XVIII», en Pérez Picazo, M.º T. y Lemeunier (eds.), *Agua y modo de producción*, Barcelona, Crítica, pp. 212-270.
- QUESADA MORALES, Daniel Jesús (2018): «Lavaderos de la acequia de Aynadamar y el uso público del agua», *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 49, pp. 219-243.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2006): *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, Iustel, 175 pp.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio y BRUFAO CURIEL, Pedro (2011): *Claves de Derecho Ambiental II. Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos*, Madrid, Iustel, 238 pp.
- (2013): *Claves de Derecho Ambiental III. Cuestiones Generales del Derecho Ambiental*, Madrid, Iustel, 242 pp.
- SOSA WAGNER, Francisco (2005): «Introducción», Darnstädt, Thomas, *La trampa del consenso*, Madrid, Trotta, 245 pp.
- SORO MATEO, Blanca (2017): «Construyendo el principio de precaución», en esta REVISTA, 49-50, pp. 87-151.
- VEGA MARTÍN, Leticia. (2006): «La teledetección aplicada al inventario de humedales», *Mapping*, 110, pp. 14-22.

ACERCA DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO PENAL, EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO DE POLICÍA. A LA VEZ, UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE SANCIÓN (*)()**

BELÉN MAYO CALDERÓN

A mi querido, admirado y recordado maestro, el profesor Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal, con inmenso agradecimiento por el tiempo que pude compartir con él, in memoriam

SUMARIO: I. LA CONCEPCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.– II. EL CONCEPTO DE SANCIÓN: 1. La necesaria delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto.– 2. La distinción entre la sanción y otras medidas de gravamen.– III EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SANCIÓN COMO CONCEPTO ANALÍTICO.– IV. TOMA DE POSTURA ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL: 1. Lo injusto como magnitud graduable.– 2. Los principios y garantías del Derecho sancionador.– V. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO DE POLICÍA.– VI. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Partiendo de que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador forman parte de la misma unidad (el Derecho sancionador), se pretende delimitar un concepto de sanción que permita incluir tanto a la pena como a la sanción administrativa, así como excluir otras medidas de gravamen que no son sanciones. La sanción administrativa y la pena derivan, en una relación lógica, del mismo supuesto de hecho, por lo que, desde este punto de vista, puede afirmarse que entre ambas no existen diferencias cualitativas. Sin embargo, como lo injusto es una magnitud graduable, es esa distinta gravedad la que determina las diferencias que existen entre ellas. Asimismo, se constata que, debido a que la delimitación de la naturaleza jurídica de las consecuencias jurídicas que el legislador introduce en los distintos sectores del ordenamiento jurídico se encuentra en el plano de la norma, común a todo el ordenamiento

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 15 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 15 de marzo de 2021.

(**) Artículo elaborado dentro del Proyecto de investigación RTI2018-098251-B-I00 sobre «Sistema y taxonomía de las consecuencias jurídicas y diferenciación del subsistema de sanciones y consecuencias jurídicas del delito» (Entidad financiadora: Fondos FEDER y Agencia estatal de investigación) así como en el marco del «Grupo de Estudios Penales», grupo de investigación de referencia, subvencionado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo FEDER Aragón 2014-2020.

jurídico, y no de la ley, encontramos consecuencias jurídicas de carácter sancionador y no sancionador tanto en el ámbito del Derecho penal como del Derecho administrativo. Desde esta perspectiva, se propone separar el Derecho administrador sancionador del Derecho de policía, reivindicando este último como sector del ordenamiento jurídico que permite clasificar consecuencias jurídicas de naturaleza no sancionadora que se regulan no solo en las leyes administrativas sino también en el Código penal.

Palabras clave: sanción; pena; sanción administrativa; Derecho penal; Derecho administrativo sancionador; Derecho de policía; Derecho civil; culpabilidad; responsabilidad; hecho propio; hecho ajeno; imputación; principios; garantías.

ABSTRACT: Based on the premise that criminal law and punitive administrative law are part of one single unit (punitive law), this paper aims to define a concept for sanction that encompasses both criminal and administrative penalties and excludes non-punitive restrictive administrative measures. In a logical relation, administrative and criminal penalties stem from the same set of facts and, consequently, from this perspective, there are not qualitative differences between them. However, since unfairness is a gradable magnitude, it is that different severity that determines the contrasts between them. This work also establishes that, as the delimitation of the legal nature of the legal consequences introduced by the legislature in the different sectors of the legal system lies in the sphere of the norm—common to the whole legal system—and not of the law, both punitive and non-punitive legal consequences are present in criminal law and administrative law. From this perspective, this paper suggests separating punitive administrative law and police law and asserting the latter as the sector of the legal system that allows classifying non-punitive legal consequences that are regulated not only by administrative laws but also by the criminal code.

Key words: penalty; administrative penalty; criminal penalty; criminal law; punitive administrative law; police law; civil law; guilt; liability; own acts; acts of others; ascription; principles; guarantees.

I. LA CONCEPCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Con este artículo pretendo rendir un sentido homenaje a mi querido y excelso maestro, el profesor Dr. LUIS GRACIA MARTÍN, ocupándome de un tema que se enmarca en el ámbito de la aplicación de un principio que defendió firmemente en su obra y que comparto con él plenamente: la necesidad de que la Ciencia del Derecho actúe como contrapunto del poder punitivo (1), que ejercen tanto los Jueces y Tribunales como la Administración (2).

(1) Sobre esta concepción, que desarrolló a lo largo de toda su obra, puede verse uno de sus últimos artículos: GRACIA MARTÍN (2020b: pp. 459 y ss.).

(2) Tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador protegen fines públicos y se basan en el sometimiento del individuo a la autoridad del Estado. Por ello, ambos forman parte del Derecho público.

Esta atribución de la potestad sancionadora a ambas agencias punitivas (3), en contra de una rígida interpretación del principio de división de poderes (4), ha dado lugar a que, tradicionalmente, la doctrina penal y administrativa hayan debatido acerca de las diferencias y similitudes que existen entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, se trata de una cuestión todavía no resuelta, que no es meramente académica, sino que tiene una gran trascendencia en el ámbito de la aplicación del Derecho y, en concreto, en el contexto de la relación del ciudadano con la Administración.

Las teorías que sobre esta cuestión ha mantenido la doctrina penal alemana (5) y española (6) pueden clasificarse en tres grandes grupos (7): un sector doctrinal considera que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico

En relación al Derecho penal, señalan ROXIN/GRECO (2020, pp. 2-3 nm. 5) que no se basa, como el Derecho civil, en el principio de igualdad, sino en el de subordinación del individuo a la autoridad del Estado (que le ordena mediante la norma penal). Asimismo, en relación con el Derecho administrativo sancionador, dice MITSCH (2005: pp. 3 y 4) que la Ley de sanciones administrativas alemana (*Ordnungswidrigkeitengesetz* —en adelante, *OWiG*—) regula una relación jurídica entre el Estado y el ciudadano sobre la base de la subordinación, que no tiene el carácter de igualdad propio de las relaciones del Derecho civil.

(3) Los art. 25.1 y 3 y 45.3 de la Constitución Española (en adelante, CE) legitiman la potestad sancionadora de la administración.

(4) Como señala LÓPEZ BENÍTEZ (2019: pp. 792-793), en un rígido entendimiento del principio de la división de poderes, la potestad de sancionar debería corresponder en exclusiva a los Jueces y Tribunales, pero históricamente este rígido entendimiento del principio de la división de poderes no se ha producido. Con independencia de las previsiones general y específicas contenidas en la Constitución, la potestad sancionadora de la Administración se encuentra en la actualidad regulada en dos leyes: la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —LPAC— (Ley 39/2015, de 1 de octubre) y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público —LRJSP— (Ley 40/2015, de 1 de octubre). Las disposiciones en materia sancionadora de la LRJSP se aplican también, según lo que determina su art. 25.2, al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

(5) Sobre las opiniones mantenidas en la doctrina alemana véase MITSCH (2005: p. 16); HEFENDEHL (2016: pp. 640-641); GRECO (2018, pp. 175 y ss.), que califica esta cuestión como un «callejón sin salida» (2018: p. 182). Considera que la solución cuantitativa es «política», la solución cualitativa es «idealismo» y la concepción mixta es el camino incierto, cuya única certeza es lo que no quiere ser, es decir, ni política pura ni idealismo puro.

(6) Sobre las opiniones mantenidas por la doctrina española véase GARCÍA ALBERO (2001: pp. 295 y ss.); GÓMEZ TOMILLO/ SANZ RUBIALES (2013: pp. 77 y ss.); CID MOLINÉ (1996: pp. 135 y ss.).

(7) Un sector doctrinal minoritario afirma que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. En este sentido, véase BAJO FERNÁNDEZ (2008: p. 2), que considera que es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal mientras que es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo.

existen diferencias cualitativas (8), otro sector considera que entre ambos solo existen diferencias cuantitativas (9) y, por último, otro grupo de autores ha mantenido una concepción mixta cualitativa-cuantitativa (10).

Con distintas formulaciones, los autores que mantienen que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existen diferencias cualita-

(8) Sobre la doctrina alemana que mantuvo en el siglo XX teorías cualitativas y el estado de esta postura en la actualidad véase GRECO (2018: pp. 175 y ss.). Señala el citado autor que GOLDSCHMIDT, ERIK WOLF y EB. SCHMIDT mantuvieron que lo injusto penal tenía una cualidad especial que lo diferenciaba de lo injusto administrativo. Según GOLDSCHMIDT, las infracciones administrativas suponen un ataque contra el «bien público», pero no representan un ataque contra la «Constitución». No representan el daño que produce un determinado resultado sino la omisión de la promoción de una meta; no consisten en un daño emergente, sino un lucro cesante. Contraponen este autor la «voluntad» al «bienestar». En la infracción administrativa el autor no actúa como «portador de voluntad» sino como un «esclavo del Estado». WOLF hace referencia a la justicia como valor supremo del Derecho penal y al bienestar como valor supremo del Derecho Administrativo. EB. SCHMIDT considera que el delito supone una lesión a un bien jurídico mientras que la infracción administrativa se refiere solo a la relación que el individuo, como ciudadano obediente, tiene con las autoridades administrativas. La infracción administrativa supone una mera desobediencia contra una ley reguladora técnica, a la que la Administración responde con una fuerte «advertencia de deber». Estas teorías fueron mantenidas, a mediados del siglo XX por el Tribunal Supremo alemán y por el Tribunal Constitucional alemán, que mantuvo que en la infracción administrativa el reproche de la culpabilidad no llega al ámbito ético. Hoy en día, mantiene que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia cualitativa, WEIGEND, que contraponen la «mera desobediencia», que caracteriza a la infracción administrativa, con la «verdadera culpa moral», que caracteriza al delito. Asimismo, KLESCZEWSKI considera que mientras los delitos son atentados a la capacidad jurídica ajena, las infracciones administrativas simplemente representan deficiencias en la prevención institucional del riesgo.

En la doctrina penal española mantiene que existe una diferencia cualitativa entre lo injusto penal y lo injusto administrativo autores SILVA SÁNCHEZ (2001: p. 125), que considera que el Derecho penal persigue proteger bienes jurídicos concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad y peligrosidad concreta, mientras el Derecho administrativo sancionador persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad, sigue criterios de afectación general o estadística, se mueve por criterios de oportunidad y es el refuerzo de la ordinaria gestión de la administración. También mantienen una teoría cualitativa, CID MOLINÉ (1996: pp. 135 y ss. y 168); FEIJOO SÁNCHEZ (2007: p. 206), que considera que la pena es retribución de un hecho lesivo o peligroso para otros ámbitos de organización mientras la sanción administrativa sería una medida preventivo-instrumental (no retributiva) de prevención de riesgos o de inseguridad; GARCÍA CAVERO (2016: pp. 6 y ss.), que mantiene que mientras que la pena apunta a prevenir la lesión de bienes jurídicos, lo que la sanción administrativa procura es asegurar el adecuado funcionamiento de los sectores sociales sometidos a regulación.

(9) En la doctrina penal española han defendido que entre la infracción administrativa y el delito solo existen diferencias cuantitativas CEREZO MIR (1975: pp. 159 y ss.; 2004: p. 54); SILVA FORNÉ (2002: p. 180); ALASTUEY DOBÓN/ ESCUCHURI AÍSA (2011, p. 12); GÓMEZ TOMILLO (2013: pp.79 a 84 y 94).

(10) Sobre esta postura véase HEFENDEHL (2016: p. 641), GRECO (2018: pp. 179 ss.); MITSCH (2005: p. 19).

tivas consideran que, frente a la lesión de un bien jurídico que representa el delito (11), la infracción administrativa supone una mera desobediencia del ciudadano a la Administración (12). Por el contrario, otro sector doctrinal considera que entre la pena y la infracción administrativa hay una mera diferencia cuantitativa, de manera que es el legislador (13) el que, en cada momento histórico, decide qué conductas son constitutivas de delito o de infracción administrativa. Por último, según la concepción mixta (14), puede distinguirse entre un núcleo y una zona periférica. El núcleo del Derecho penal está constituido por conductas que lesionan bienes jurídicos y se caracterizan por un especial desvalor ético-social que determina que el castigo con una sanción administrativa parezca intolerable, mientras que el núcleo del Derecho administrativo sancionador está constituido por conductas que se caracterizan por una mera desobediencia a la ley administrativa. Sin embargo, esta distinción cualitativa falla —dicen estos autores— en una zona fronteriza entre delitos e infracciones administrativas (zona periférica), en la que solo existen diferencias cuantitativas, de manera que es el legislador el que tiene la facultad discrecional de clasificar las conductas en una u otra categoría.

Por su parte, la doctrina administrativa española, tras la época preconstitucional (15), en la que los principios del Derecho sancionador y las garantías

(11) Si se parte, como aquí se hace, de que todos los sectores del ordenamiento jurídico protegen bienes jurídicos (individuales y colectivos) no se puede aceptar el criterio de distinción cualitativa que se basa en que solo el Derecho penal protege bienes jurídicos. Asimismo, tampoco puede asumirse el criterio de distinción que se basa en que los delitos castigan la lesión a los bienes jurídicos individuales mientras que las infracciones administrativas sancionan conductas de peligro abstracto para estos bienes jurídicos, puesto que esta técnica de protección de bienes jurídicos también es utilizada por el Derecho penal —sobre esta tesis véase HEFENDEHL (2016: p. 642) y HUERGO LORA (2007: pp. 153 y ss.), que tampoco la acepta—. Sobre la distinción entre la técnica del peligro abstracto y la protección de bienes jurídicos colectivos (que, en mi opinión, deben ser protegidos tanto por el Derecho penal como por el administrativo sancionador) véase MAYO CALDERÓN (2005: pp. 35 y ss.).

(12) Sobre la defensa de esta teoría en España, véase REBOLLO PUIG (2010b: pp. 319-320).

(13) GRECO (2018: p. 179) considera que en esta decisión discrecional del legislador influyen una pluralidad de factores, entre los que se incluyen consideraciones pragmáticas relacionadas con las posibilidades y necesidades de prevención efectiva de la conducta en cuestión.

(14) Esta es la concepción dominante en la doctrina alemana y también ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional alemán. Al respecto véase GRECO (2018: pp. 175), que señala que la tesis que defiende que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existen diferencias cualitativas es minoritaria, la tesis que defiende que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico existen diferencias cuantitativas es defendida por un amplio sector doctrinal, mientras que la concepción mixta es la dominante en la doctrina alemana.

(15) Señala NIETO GARCÍA (2012: p. 571) que en diciembre de 1978 el Derecho administrativo sancionador comenzó una nueva vida sin otro norte que el texto constitucional y sin otra apoyatura técnica que la del Derecho penal.

solo eran aplicables al Derecho penal, formuló la tesis [que, a día de hoy (16), mantiene la mayoría de la doctrina] de la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador como consecuencia de su común inclusión en un único *ius puniendi* (17) del Estado (18). El sometimiento a estos principios sanaría, así, la lesión al principio de división de poderes que se produce cuando la Administración impone castigos, usurpando de alguna forma la función jurisdiccional (19).

Este punto de partida conduce a la mayoría de la doctrina administrativa (20) a afirmar que entre la pena y la sanción administrativa solo existen diferencias cuantitativas (21). Sin embargo, esta afirmación es, en la mayoría de los casos, meramente formal porque, la mayoría de la doctrina (22), el

(16) En la etapa preconstitucional, defendió que entre ambos sectores del ordenamiento jurídico existían diferencias cualitativas MONTORO PUERTO (1965: pp. 145-146, 157 y ss., 268 y ss.), que consideraba que la infracción administrativa se agota en el mero incumplimiento de deberes impuestos por el ordenamiento administrativo y no requería ni dolo ni culpa.

(17) Hago referencia a esta expresión por ser la comúnmente utilizada por la doctrina, pero con ella quiero referirme al poder punitivo que ejerce el Estado en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Como señala SILVA FORNÉ (2002: p. 175), es preferible referirse al poder punitivo estatal porque la noción de *ius puniendi* se vincula a la idea de un derecho subjetivo del Estado a castigar, siendo tal concepción inaceptable en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, que recibe sus atribuciones de la Constitución con el objeto, fines y límites allí establecidos.

(18) Señala HUERGO LORA (2007: pp. 19 y ss.) que el artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA (1976: pp. 399 y ss.) marcó la evolución posterior. Un análisis de la bibliografía sobre el Derecho administrativo sancionador producida antes y después de la aprobación de la Constitución de 1978 puede verse en HUERGO LORA (2007: pp. 19 y ss., notas 1 y 3) y NIETO GARCÍA (2012: pp. 15, 17, 18 y 20 a 23).

(19) En la época preconstitucional PARADA VÁZQUEZ (1972: p. 88) propuso la inconstitucionalidad de las sanciones administrativas. Una vez aprobada la Constitución de 1978 esta tesis es abandonada por la doctrina, al reconocer el art. 25.1 y 3 y 45.3 CE la potestad sancionadora de la Administración.

(20) Como señalaré *infra*, discrepa de la opinión mayoritaria NIETO GARCÍA (2012: pp. 325, 327, 342 y ss., 346).

(21) En este sentido véase, por ejemplo, CANO CAMPOS (2014: p. 48), que alude a que esta es la opinión mayoritaria en la doctrina administrativa; ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: pp. 140 y ss.); PAREJO ALFONSO (2020: 976), que señala que la cuestión de la delimitación del Derecho penal y el sancionador administrativo debe entenderse superada en la medida en que es general opinión que no existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal e infracción administrativa, siendo la elección entre una y otra fruto de una opción de política legislativa —naturalmente, en el marco constitucional— por el instrumento de tutela más pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y cada momento concretos.

(22) Como veremos *infra*, en el apartado IV.2, han criticado la tesis de las «matizaciones» HUERGO LORA (2007: pp. 41-42, 47) y GRACIA MARTÍN (2020a: p. 80-81).

Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (23) consideran que la aplicación de estos principios debe ser sometida a «modulaciones», «matizaciones» o «excepciones», lo que da lugar a que terminen admitiendo diferencias sustanciales entre la infracción administrativa y la penal.

En mi opinión, para decidir si entre el Derecho penal y el Derecho administrativo existen diferencias cualitativas o meramente cuantitativas es necesario abordar primero la delimitación del concepto de sanción.

Como veremos, la Administración dispone de distintos mecanismos coercitivos para el cumplimiento de sus fines, pero no todos tienen la naturaleza jurídica de sanción (24). Solo aquellas medidas que son sanciones en sentido estricto forman parte, junto a la pena y a la sanción disciplinaria, del Derecho sancionador, cualitativamente diferente al Derecho no sancionador.

Esta tarea clasificatoria de las distintas formas de coacción pública de las que dispone la Administración para «imponer» los objetivos públicos, que debe realizar la doctrina y la jurisprudencia, es fundamental para delimitar los elementos que integran el supuesto de hecho y los principios y garantías que corresponden a cada una de estas consecuencias jurídicas.

II. EL CONCEPTO DE SANCIÓN

1. La necesaria delimitación de un concepto de sanción en sentido estricto

A pesar de que la mayoría de la doctrina mantiene que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no existen diferencias cualitativas, son pocos los autores que han ofrecido una definición de sanción (25) que permita incluir tanto a la pena como a la sanción administrativa. Si se parte, como aquí se hace, de que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho penal forman parte de la misma unidad [el Derecho sancionador (26)] es obligado delimitar un concepto de sanción que permita incluir ambas consecuencias jurídicas.

(23) Sobre la tesis que ha mantenido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo véase HUERGO LORA (2007: p. 22, nota 5, p. 29 nota 13, y pp. 38 y 41); PAREJO ALFONSO (2020: p. 983); REBOLLO PUIG (2010b: pp. 327-328); GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 191 y ss.).

(24) También ponen de manifiesto que no toda medida coactiva es una sanción HUERGO LORA (2007: p. 16); CANO CAMPOS (2014: p. 31); GRACIA MARTÍN (2020: pp. 21 y ss.); ROCA DE AGAPITO (2018: p. 223).

(25) Tampoco se encuentra una definición de sanción en sentido material en la legislación. Así lo constata también HUERGO LORA (2007: p. 203).

(26) La confusión entre el Derecho sancionador y no sancionador ha sido una constante a lo largo de la historia y se da en todos los países de nuestro entorno y en el Derecho comunitario. Al respecto, véase HUERGO LORA (2017: pp. 43 y ss.).

Al mismo tiempo, el concepto de sanción debe permitir excluir a otros actos de gravamen que no tienen esta naturaleza jurídica.

Se pretende así delimitar un concepto «estricto» de sanción frente al, comúnmente utilizado, concepto «amplio» de sanción, que incluye cualquier acto coactivo, mal o gravamen estatuido por el orden jurídico (27) y que se define, de una manera meramente formal, como sinónimo de consecuencia jurídica.

Definen la sanción desde un punto de vista formal las leyes administrativas (28) y una parte de la doctrina administrativa (29), pero hay algunos autores que han incorporado a la definición elementos que permiten vislumbrar un contenido material, que es el que nos permite incluir en el citado concepto tanto a la pena como a la infracción administrativa y distinguir la infracción administrativa de otros males o medidas negativas que impone la Administración.

El concepto más extendido durante años entre la doctrina administrativa fue el mantenido por GARCÍA DE ENTERRÍA (30), que, desde la primera edición de su manual, ha definido la sanción como un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Las sanciones se distinguen de las penas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración, estas los Tribunales penales.

También ofrece una definición formal PAREJO ALFONSO (31), que considera que la sanción administrativa es la corrección impuesta a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutiva de infracción, asimismo administrativa, es decir, tipificada legal y previamente como tal.

Más depurados, desde el punto de vista material al que me he referido, son aquellos conceptos de sanción administrativa que hacen referencia al

(27) GRACIA MARTÍN (2020: p. 73) considera que la tendencia a utilizar el concepto de sanción en sentido amplio, como equivalente a consecuencia jurídica, confundiendo así la sanción con otros actos coactivos, tal vez se deba, entre otras razones, al lastre de la equivocidad del concepto de sanción de Kelsen, quien a menudo llama sanción a todo acto coactivo que se imputa a un ilícito, con lo cual identifica *pars pro toto* la especie sanción y el género consecuencia jurídica.

En mi opinión, Kelsen delimita tres conceptos de sanción (en sentido estricto, amplio y muy amplio) pero la mayoría de la doctrina y la legislación han utilizado solo el concepto «muy amplio». Al respecto véase *infra* este mismo apartado (y notas 58 a 62).

(28) Al respecto véase GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 285-286).

(29) Como señala HUERGO LORA (2007: p. 204), algunos manuales y monografías que se dedican a las sanciones administrativas omiten su definición, dándola por supuesta y estudiando únicamente su régimen jurídico.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 186).

(31) PAREJO ALFONSO (2020: p. 978).

componente «aflictivo» o «represivo» (32). En este sentido, por ejemplo, BERMEJO VERA (33), define la sanción administrativa como una decisión administrativa *con finalidad represiva*, limitativa de derechos, *basada en una previa valoración negativa de la conducta de un sujeto* (34). La sanción es el acto administrativo de gravamen por antonomasia, pues disminuye o debilita —o incluso elimina— alguna parte de la esfera jurídica del sancionado, en la medida en que se le priva de un derecho, o se le impone un deber u obligación adicional *vinculada al componente «aflictivo»*, inevitable en cualquier sanción (35).

En esta línea, SUAY RINCÓN (36), haciendo referencia a la opinión mayoritaria, destaca que entre los elementos sustantivos que sirven para delimitar el concepto de sanción administrativa, alejándola del resto de los actos administrativos, existe una generalizada coincidencia en destacar uno por encima de otros: el criterio de la finalidad. Las sanciones administrativas —dice el citado autor— cumplen una finalidad represora o retributiva, lo que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho.

Asimismo, señala REBOLLO PUIG (37) que para diferenciar el castigo de otros medios de reacción jurídica ante el incumplimiento de deberes es necesario, pero no suficiente, que altere la situación jurídica de quien lo sufre, perjudicándole (contenido aflictivo), pero, además, ese perjuicio ha de ser precisamente buscado como tal y deliberadamente (acaso no exclusivamente). En esto se diferencia de otras medidas perjudiciales que lo que persiguen es imponer la conducta conforme al ordenamiento y satisfacer o restablecer los intereses públicos o privados lesionados por el incumplimiento del deber. El castigo, por definición, no se limita a imponer el deber violado ni el restablecimiento de la situación. El castigo añade un nuevo mal al simple restablecimiento de la situación lícita.

(32) En este sentido, REBOLLO PUIG (2010b: p. 321 y 322-323) considera que tanto la pena como la sanción administrativa son castigos impuestos por el Estado.

(33) BERMEJO VERA (2018: p. 239).

(34) Cita la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 3.

(35) La cursiva es mía.

(36) SUAY RINCÓN (2010: pp. 170-171), que cita las SSTC 164/1995, 276/2000, 48/2003, de 12 de marzo. Esta última señala que para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico (función represiva u otras finalidades justificativas (por ejemplo, la finalidad de constreñir a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta, la simple aplicación del ordenamiento por parte de la administración competente o restablecer la legalidad conculcada).

(37) REBOLLO PUIG (2010b: pp. 317-318).

En la doctrina administrativa han formulado un concepto material de sanción HUERGO LORA y CANO CAMPOS (38).

CANO CAMPOS (39) considera que la sanción administrativa consiste siempre en infligir un mal como consecuencia del incumplimiento de una norma de conducta (las que contienen un mandato o una prohibición). No se vincula a un simple incumplimiento, sino a la vulneración de una norma obligatoria de conducta. No es una reacción desfavorable cualquiera, sino un castigo por la infracción de ese deber jurídico de conducta. Tiene como presupuesto el incumplimiento de una norma de conducta y castiga o pune la infracción de dicha norma. La imposición de la sanción se asocia, en cuanto mal, a la comisión de una infracción, bien porque se crea que con tal mal se hace justicia (retribución), bien porque con la amenaza de este se quiere disuadir de la comisión de otras infracciones (prevención). Para que se pueda hablar de sanción, el sujeto al que se le impone la medida tiene que sufrir necesariamente un perjuicio en su esfera jurídica, pero este perjuicio no es suficiente. El carácter aflictivo de la medida debe configurarse única y exclusivamente como reproche o retribución, esto es, como atribución directa de las consecuencias que acarrea la realización de una acción antijurídica. El concreto mal que se impone o el particular bien del que se priva al sujeto no trata de realizar de forma directa e inmediata el interés público presente en la acción que la Ley prevé como supuesto de hecho desvalorado de la infracción, sino que su única función es reprobar, reprochar o retribuir la realización de esa acción (40).

HUERGO LORA considera que el elemento relevante para definir la sanción es la valoración de la conducta *personal* de un sujeto y no la valoración de unos hechos y de unos intereses que afecten a terceros o a los intereses públicos en general. El criterio de la valoración de la conducta debe ser aceptado no en el sentido de que cualquier medida que se base en una valoración de actos del par-

(38) HUERGO LORA y CANO CAMPOS formulan un concepto de «sanción administrativa», pero, dada su identidad con el concepto de pena, puede considerarse un concepto de «sanción», que incluye a ambas consecuencias jurídicas y a la infracción disciplinaria.

(39) CANO CAMPOS (2014: p. 32, 34-35).

(40) CANO CAMPOS (2014: pp. 36-37) hace también referencia al concepto de sanción que ha delimitado el Tribunal Constitucional, que considera que la sanción es una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta de un sujeto, de modo que lo que lo que la distingue de otros actos con consecuencias gravosas o que restringen derechos individuales con otros fines (de coerción, de restablecimiento de la legalidad, de resarcimiento de daños) es su función represiva, retributiva o de castigo. Asimismo, hace referencia al concepto de sanción al que se ha referido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su conocida sentencia de 21 de febrero de 1984 (Caso *Ortziürk*) —citada por toda la doctrina administrativa— que también ha aludido a la finalidad represiva y preventiva o disuasoria de las sanciones administrativas, aunque también ha señalado que esta última no es exclusiva de las sanciones.

particular deba considerarse una sanción, sino para entender que toda medida cuyo único fundamento sea la conducta de un particular, a los efectos de premiarla o castigarla, sin que ese premio o castigo afecte directamente a los intereses de otro sujeto o al funcionamiento de los servicios públicos, debe considerarse sanción a los efectos de que en la valoración de la conducta se respeten los principios de presunción de inocencia y culpabilidad (41) y se imponga a través del procedimiento legalmente establecido (42). Las sanciones tienen como única finalidad la de imponer un perjuicio al infractor, frente a otras medidas que, aunque de hecho pueden perjudicar a un particular, persiguen otras finalidades (que tienen que ser, necesariamente, de tutela de determinados intereses públicos), que son las que contribuyen a delimitar su contenido y efectos. Ese perjuicio solo se justifica, de acuerdo con la Ley, en la previa comisión de una infracción. Y en nuestro ordenamiento, por aplicación del principio de Estado de Derecho, de respecto a la dignidad humana, y por respecto al artículo 25.1 CE (principio de irretroactividad) solo se puede castigar a una persona por infracciones de las que sea *personalmente* (43) responsable (44). El castigo de un sujeto solo es admisible en la medida en que esa persona sea subjetivamente reprochable (principio de culpabilidad), pero la protección de terceros o del interés público no puede quedar sometida a la misma condición (45).

En la doctrina penal ha valorado muy favorablemente este concepto de sanción GRACIA MARTÍN (46), que, partiendo de los elementos que va desgranando HUERGO LORA a lo largo de su investigación, considera que son *sanciones* aquellas consecuencias jurídicas que se traducen en una intervención coactiva desfavorable —aflictiva— exclusivamente sobre el individuo que ha realizado personalmente la *conducta* —acción u omisión— constitutiva de una *infracción*, y *porque* la ha cometido él mismo *personalmente*. Solo es una sanción, y solo puede ser llamada así propiamente, aquella consecuencia jurídica cuyo fundamento sea una *infracción* (y, además, por supuesto, la culpabilidad de su autor) y solo puede entenderse por infracción, y llamar así con ese nombre, a un supuesto de hecho constituido por la realización *personal* de una *conducta*

(41) La sanción —dice HUERGO LORA (2007: pp. 362 y 380)— se basa en la culpabilidad personal, mientras que las otras medidas tienen su propio título de legitimación.

(42) HUERGO LORA (2007: p. 246).

(43) La cursiva es mía.

(44) HUERGO LORA (2007: p. 379). Como señala el citado autor (2007: p. 359), es a partir de la ilustración cuando se entiende que la sanción solo puede recaer en alguien que sea personalmente culpable de la infracción.

(45) HUERGO LORA (2007: p.380).

(46) GRACIA MARTÍN (2020: pp. 73-74) considera que HUERGO LORA ha formulado un concepto *categorial* de sanción administrativa substancialmente coincidente con el de pena y que, dadas su precisión y la certeza de su contenido, ha fijado un punto de no retorno para el conocimiento jurídico.

—acción u omisión— contraria a una norma de *determinación* (prohibición o mandato de *acción*) por un individuo determinado, lo que supone necesariamente un obrar *doloso* o *imprudente* del individuo sujeto de la acción que es *constitutivo* (47) de la infracción (de lo injusto o ilícito), y no de la culpabilidad (48) en cuanto juicio de reproche personal por la infracción cometida exclusivamente al individuo que la ha cometido (49).

Para averiguar si la consecuencia jurídica prevista por el legislador es una sanción no hay que atender al nombre que le haya dado el legislador. Como han señalado GRACIA MARTÍN (50) y CANO CAMPOS (51), citando la juris-

(47) La cursiva es del autor.

(48) Con este último inciso pretende criticar la extendida opinión que mantiene la doctrina administrativa acerca de la inclusión del dolo y la imprudencia en la culpabilidad y no en la tipicidad. A esta cuestión me referiré *infra* en el apartado III.

(49) GRACIA MARTÍN comienza a formular este concepto de sanción en 1993, en el artículo titulado «La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas», donde define la sanción como reacción jurídica frente a la transgresión de una norma de conducta y reafirmativa de la norma de determinación (1993, p. 589) y siguió explicando y delimitando su contenido a lo largo de toda la extensa obra en la que se dedicó a defender, de una manera excelsa e impecable, que la responsabilidad de las personas jurídicas no puede tener la naturaleza de pena ni de sanción administrativa. Toda esta bibliografía aparece citada en uno de sus últimos artículos, publicado en el número 35 de esta revista (2020a: pp. 12 y ss.).

(50) GRACIA MARTÍN (2017; pp. 115 y ss.; 2020: pp. 17 y 21-22; 2019: p. 1403), que cita la jurisprudencia constitucional (SSTC 164/1995 y 276/2000) que, haciendo suyo el apotegma de que «el nombre no hace la cosa», afirma que «para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le asigne el legislador ni la clara voluntad del legislador». Con esas meras denominaciones no se engaña a la Ciencia jurídica, pues, tras la desnormativización de los constructos que se designan fraudulentamente con tales nombres, los objetos reales quedan al descubierto como sustratos de ellos. Sobre la fuerza contaminadora del pensamiento que tienen los usos arbitrarios del lenguaje véase DELGADO ECHEVARRÍA (pp. 11 y ss) y MOREU CARBONELL (2020: p. 231, 329), citados también por GRACIA MARTÍN.

(51) CANO CAMPOS (2014: p. 34) señala que para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* que le asigne el legislador ni el tratamiento que le dispense la Administración (SSTC 164/1995 y 239/1998). Como señala el magistrado GIMENO SENDRA en su voto particular a la sentencia 164/1995, «las cosas son lo que son y la naturaleza de las instituciones está en su estructura y en su función, no en el nombre que les demos, aunque el bautizo lo haga el legislador». La STC 276/2000, rechaza la idea de extender indebidamente el concepto de sanción «con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este campo a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen una verdadera naturaleza de castigos» y señala que «ni el *nomen iuris* empleado por la Administración ni asignado por la ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador, constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25.1 CE resultan aplicables, sin que tampoco baste por sí sola, a estos efectos, la circunstancia de que la medida de que se trata se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de la relación jurídica existente entre el ciudadano y la Administración, o que la reacción del Estado ante dicho incumplimiento consista en un acto restrictivo de derechos».

prudencia del Tribunal Constitucional, el *nomen iuris* con que el legislador y la ley designan a una figura jurídica no es decisivo ni determinante de su verdadera naturaleza jurídica.

Asimismo, para determinar la naturaleza de una consecuencia jurídica tampoco es determinante el sector del ordenamiento en el que la haya ubicado el legislador (52), el procedimiento que haya establecido para su imposición, el contenido (53) ni su finalidad disuasoria o preventiva (54). Lo único que

(52) Así, por ejemplo, en mi opinión, las medidas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 del Código penal (en adelante, CP) no tienen la naturaleza jurídica de «pena», aunque las llame así el legislador, las haya regulado en el Código penal y haya decidido que sean impuestas en un proceso penal.

(53) Por ejemplo, el pago de una cuantía económica puede ser constitutivo de una pena de multa, de una sanción administrativa o de una multa coercitiva (como veremos *infra*, en el apartado II.2, esta última no tiene la naturaleza jurídica de sanción).

También niega que el contenido de una medida permita otorgarle o no la calificación de sanción, HUERGO LORA (2007: pp. 16 y 233). En su opinión, el contenido de una medida no permite prácticamente nunca atribuirle o negarle naturaleza sancionadora, siendo su función, definida a partir del contexto normativo, el único dato que consiente efectuar esa calificación.

(54) En mi opinión, para delimitar la sanción de otras consecuencias jurídicas que no lo son hay que atender al fundamento y no a los fines porque alguno de ellos puede darse también en las medidas coercitivas no sancionadoras. Aunque la pena, la sanción administrativa y la sanción disciplinaria se diferencian de otras medidas que no son sanciones por su fin retributivo, los fines de prevención pueden caracterizar también a esta últimas. Sobre los fines preventivos de las medidas no sancionadoras véase ROGALL (2018: p. 76).

Al respecto, considera CANO CAMPOS (2014: p. 38) que lo característico de las sanciones no es su finalidad preventiva, sino la forma en que dicha finalidad se persigue: castigando. Se inflige un mal para castigar, y se castiga para prevenir.

HUERGO LORA (2007: p. 50, pp. 292 y ss.) se refiere a los resultados a los que conduce el criterio que atiende al fin de la medida poniendo como ejemplo la opinión que ha mantenido el Tribunal Constitucional en relación con los recargos tributarios por demora, que consideró (STC 164/1995, de 13 de noviembre) que no eran sanciones, afirmando que su finalidad es «disuasoria» y no «punitiva». Al respecto, señala el citado autor que esta distinción es muy difícil de sostener porque también las sanciones tienen una función disuasoria. Estoy de acuerdo con el citado autor en que la función de los recargos es castigar al contribuyente por el incumplimiento de sus obligaciones, por lo que deberían considerarse sanciones. Se diferencian así de los intereses de demora, cuya función es compensar a la administración por la tardanza en la recepción del importe de la deuda tributaria. Al respecto, señala SUAY RINCÓN (2010: p. 172) que en la citada sentencia hubo un voto particular y que, con posterioridad, la STC 276/2000, de 16 de noviembre y la STC 127/2002, de 23 de mayo, llegaron a una solución diferente. Esta última señala que es una sanción porque supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de ley y desempeña una función de castigo. Del mismo modo, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha considerado que los recargos tributarios tienen naturaleza sancionadora. Sobre la jurisprudencia del TEDH sobre las medidas coercitivas que tienen la naturaleza jurídica de sanción véase ARZOZ SANTISTEBAN (2010a: pp. 181 a 183).

indica que el mal o gravamen que el Estado impone al ciudadano es una sanción es su fundamento (55).

Desde este punto de vista, considero que los conceptos materiales de sanción que han mantenido los autores citados reflejan el fundamento de toda sanción: es la consecuencia jurídica de la infracción de una norma de determinación que se le reprocha al mismo individuo que la ha realizado.

CANO CAMPOS pone de manifiesto que el presupuesto de la sanción es el reproche por la infracción de una norma de conducta, HUERGO LORA precisa que el reproche por la infracción de una norma de conducta se dirige al mismo sujeto que ha realizado personalmente la conducta que infringe la norma y GRACIA MARTÍN aclara que ese sujeto solo puede ser un individuo humano que actúa con dolo o imprudencia, lo que permite excluir de este concepto estricto de sanción a las personas jurídicas, que, sin duda, deben ser responsables pero no pueden ser culpables (56). Para ellas se pueden prever consecuencias jurídicas que se fundamenten en una responsabilidad patrimonial o en una responsabilidad social pero no una sanción en sentido estricto fundamentada en una responsabilidad personal (57).

Este concepto coincide, básicamente, con el concepto «estricto» de sanción que utiliza KELSEN cuando se refiere a los actos estatuidos por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden (58), considerando como tal a la sanción penal (59). Por el contrario,

(55) Al respecto véase *infra* el apartado II.2.

(56) Como señala GRACIA MARTÍN (2020a: p. 37), una distinción elemental, formulada por la teoría general del Derecho —KELSEN: (1991: p. 90); NINO (1984: pp. 184 ss.)— y operativa en diferentes ámbitos jurídicos, que, sin embargo, con frecuencia es ignorada, es la que diferencia entre culpabilidad y responsabilidad.

(57) Sobre la distinción entre responsabilidad personal, patrimonial y social véase *infra* el apartado II.2.

(58) KELSEN (1991: p. 48). La sanción en sentido estricto es un acto de coacción que está ligado, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados, que tiene como condición un acto ilícito, o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado. Acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana o la omisión de tal acción que, por ser socialmente indeseada, es por ello prohibida, de suerte que a la misma (o mejor: ante su comprobación a través de un procedimiento jurídico determinado) se enlaza un acto coactivo; convirtiéndola el orden jurídico en condición de uno de los actos coactivos que el orden jurídico estatuye. Y ese acto coactivo, como sanción (en el sentido de consecuencia de una ilicitud) solo puede distinguirse de otros actos coactivos que no constituyen sanciones, en el sentido de consecuencias de una ilicitud, que están condicionados por otros hechos (1991: p. 54). Solo el acto coactivo es una consecuencia que no es ella misma condición. Se trata de la última consecuencia, de la consecuencia jurídica; y si el acto coactivo es una sanción, como reacción contra la conducta de un individuo determinada por el orden jurídico, la consecuencia jurídica es consecuencia de un delito (1991: p. 157)

(59) KELSEN (1991: p. 123).

KELSEN utiliza el término sanción en sentido «amplio» cuando se refiere a la sanción civil que intenta reparar el delito (60). Estas dos reacciones del ordenamiento jurídico las diferencia de otros actos coactivos carentes del carácter de sanción (61), entre los que incluye la privación de su libertad a los individuos sospechosos de haber cometido un delito, el internamiento de enfermos contagiosos en hospitales, la expropiación coactiva de bienes cuando el interés público lo exige, la destrucción coactiva de animales domésticos cuando padecen de enfermedades contagiosa o la demolición por la fuerza de edificios ante el peligro de derrumbamiento o para impedir la extensión de un incendio (62).

Por otra parte, se refiere KELSEN (63) a *todos* (64) los actos estatuidos por el orden jurídico, queriendo expresar con ello —dice el autor— nada más que el orden reacciona con tal acto contra una situación social indeseada, expresando mediante esta reacción la indeseabilidad de la situación. De esta afirmación se extrae el concepto de sanción que podríamos denominar «muy amplio» (que incluye todos los actos coactivos incluidos en los que he denominado concepto «estricto» y «amplio»), que es el que ha utilizado gran parte de la doctrina en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico y se ha extendido también a la legislación (65).

(60) KELSEN (1991: pp. 123-124). La llamada reparación de la ilicitud —dice el citado autor— consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita (situación también ilícita, en este sentido), restableciéndose un estado conforme a Derecho.

(61) KELSEN (1991: pp. 53-54).

(62) Todos estos supuestos son constitutivos de lo que en este trabajo se denomina «responsabilidad social». Al respecto véase *infra* el apartado II.2.

(63) KELSEN (1991: pp. 54-55).

(64) La cursiva es mía.

(65) CANO CAMPOS (2014: pp. 31-32) se refiere al concepto amplio de sanción de KELSEN, que coincide con el que he denominado «concepto muy amplio» y aboga, en el mismo sentido que aquí se mantiene, por elaborar un concepto de sanción administrativa con contornos más precisos, que permita revelar su verdadero contenido punitivo o de castigo por una acción ilícita y justificar el régimen jurídico singular al que se somete. Este concepto amplio, e impreciso, de sanción —dice el citado autor—, que incluye la obligación de reparar el daño causado o el ejercicio de la coacción y parte del binomio violación de las normas/consecuencia desfavorable, considerando por ello como sanción cualquier medida con la que el ordenamiento jurídico reacciona frente a un comportamiento contrario a Derecho, no puede ser aceptado aquí, pues desemboca en un concepto omnicompresivo de sanción que incluye medidas no solo punitivas, sino también resarcitorias, invalidantes, repristinatorias o de restablecimiento de la legalidad, etc., que no deben gozar de las mismas garantías que las sanciones en sentido estricto.

2. La distinción entre la sanción y otras medidas de gravamen

La responsabilidad sancionadora es una responsabilidad «personal» (66) que hay que distinguir, como ha señalado GRACIA MARTÍN (67), de otras responsabilidades no sancionadoras, que podemos denominar responsabilidad «patrimonial» (68) y responsabilidad «social» (69).

La responsabilidad personal, que se integra en el Derecho sancionador, se fundamenta en la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (70) [culpabilidad (71)] al mismo individuo que ha infringido la norma de determinación; la responsabilidad patrimonial (72) se fundamenta en la necesidad de

(66) La responsabilidad personal es la que, en la concepción de Kelsen (1991: pp. 48-157), da lugar a una sanción (en sentido estricto) que es consecuencia de una conducta humana determinada por el orden jurídico (ilicitud). Ese ilícito constituido por la infracción de una norma por un individuo humano coincide con lo que la doctrina penal denomina «injusto personal».

(67) GRACIA MARTÍN (2016d: p. 33 y 2019: p. 1042) realiza esta clasificación con base en la distinción apuntada por Kelsen.

(68) Kelsen (1991: p. 123-124) señala, utilizando aquí el término sanción en sentido amplio que las sanciones aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, de dos formas diferentes: como sanción penal y como sanción civil o ejecución forzosa de los bienes. Dice el citado autor que también la ejecución civil irroga coactivamente un mal, pero esta se distingue de la pena en cuanto intenta reparar la ilicitud. La reparación de la ilicitud consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita, restableciéndose un estado conforme al derecho.

(69) Como señala GRACIA MARTÍN (216d: p. 33), la responsabilidad social es una responsabilidad de carácter objetivo, con muy diversos contenidos y fundamentos, y a la cual se debe hacer frente con actos coactivos que no tienen ningún carácter de sanción, especialmente con medidas de policía. Menciona como ejemplos, siguiendo a Kelsen, la privación de libertad como guardia protectora de individuos para protegerlos de ataques ilícitos con que se los ha amenazado, la internación coactiva de enfermos mentales peligrosos en hospicios, o la de enfermos contagiosos en hospitales, es decir, actos coactivos que sin duda tienen el mismo contenido material que las correspondientes sanciones, pero que «no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud», sino solo meros actos coactivos que «están condicionados por otros hechos». Al respecto cita a MONTORO PUERTO (1965: pp. 143 ss.) que, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA, habla de una «responsabilidad por la mera atribuibilidad», distinta de la penal y la civil, y que sería la típica del Derecho administrativo.

(70) Define la culpabilidad como «reprochabilidad personal de la conducta típica y antijurídica», CEREZO MIR (2001: p. 25). A esta definición se adhiere URRUELA MORA (2016: p. 269), que considera que la culpabilidad es la reprochabilidad personal por la acción típica y antijurídica.

(71) Ello impide considerar sanciones a las medidas de seguridad, que no se fundamentan en la culpabilidad sino en la peligrosidad del individuo que ha infringido la norma de determinación. Al respecto véase GRACIA MARTÍN (2016a: pp. 191 y ss.).

(72) En sentido similar al aquí mantenido, considera que no son sanciones administrativas las medidas de carácter resarcitorio o indemnizatorio de naturaleza civil, SILVA FORNÉ (2002: p. 177).

reparar el daño (73) y la responsabilidad social (74), que se integra en el que puede denominarse Derecho de policía (75), se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa [por ejemplo, tiene este fundamento el comiso (76)], en la peligrosidad objetiva de la situación [por ejemplo, la responsabilidad de las personas jurídicas que se regula en los arts. 31 bis a quinquies y 33.7 CP, cuyo fundamento es la peligrosidad de la situación generada por un defecto de organización (77), y las consecuencias accesorias del art. 129 CP (78)] o en el ejercicio de la legalidad vigente (79) en el marco de la gestión administrativa

(73) Así, por ejemplo, constituye una responsabilidad de esta clase la responsabilidad civil extracontractual que se regula en los arts. 1902 y ss. del Código civil. Al respecto véase LACRUZ (1985; 497 y ss., 563 y ss., 591 y ss.); BAYOD LÓPEZ (2018: pp. 293 y ss.; 323 y ss.); BUSTO LAGO/ PEÑA LÓPEZ (1997, pp. 141 y ss.).

Sobre la distinción entre la responsabilidad por daños y la sanción administrativa señala CANO CAMPOS (2014: p. 32) que en la primera ni se infringe una norma de conducta ni estamos ante un castigo o una punición, sino ante la obligación de repararlos para tratar de dejar al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tenía antes de sufrir el perjuicio.

(74) Considera también que no son sanciones administrativas las medidas de coacción administrativa directa, SILVA FORNÉ (2002: pp. 177-178).

(75) Al respecto véase el apartado V.

(76) En el Código penal el comiso aparece regulado en los arts. 127 y ss. Sobre la regulación del comiso en el ámbito del Derecho administrativo véase GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ (2020: p. 222).

Consideran que el comiso se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa, GRACIA MARTÍN (2020a: p. 30); VIZUETA FERNÁNDEZ (2011: p. 23); HUERGO LORA (2007: pp. 355 y ss.). Por otra parte, en el mismo sentido aquí mantenido, considera que el comiso no es una sanción administrativa SILVA FORNÉ (2002: p. 179).

(77) También es una responsabilidad de esta clase la responsabilidad de las personas jurídicas que se regula en las leyes administrativas (por ejemplo, en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores). Como ha señalado GRACIA MARTÍN (2020a: pp. 12 y ss.), la persona jurídica no tiene capacidad de infracción ni de sanción (ni administrativa ni penal).

(78) Sobre la naturaleza jurídica no sancionatoria de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP véase GRACIA MARTÍN (2016a: pp. 12 y ss.).

En el mismo sentido, considera HUERGO LORA (2007: pp. 202 y ss.) que con la denominación de consecuencias accesorias el Código penal se ha limitado a utilizar los conceptos con más rigor y afirma con toda razón y precisión terminológica y conceptual que se trata de medidas de policía aplicadas por órganos judiciales (pero que podría imponer también la Administración si no estuviera en marcha un proceso penal) y que por esto mismo deben aplicarse los principios y reglas propios del Derecho de policía.

(79) Señala CANO CAMPOS (2014: p. 37) que las sanciones administrativas, como cualquier otro acto administrativo que impone mandatos y prohibiciones, está garantizado por los medios de ejecución forzosa de que dispone la Administración en virtud del principio de autotutela.

Sobre la ejecución forzosa véase MOREU CARBONELL (2019a: pp. 328 y ss.), que señala que las administraciones públicas pueden ejecutar los actos administrativos o hacerlos cumplir

que realiza la Administración en cumplimiento de sus fines (80) [por ejemplo, las medidas restrictivas que impone la unión europea a los Estados (81), la expropiación (82), la denominada expropiación-sanción (83), las revocaciones

cuando el interesado no realiza voluntariamente lo dispuesto en ellos, sin necesidad de acudir al auxilio judicial. Es lo que se conoce como potestad de autotutela ejecutiva o ejecutoriedad. Esta ejecución forzosa de los actos administrativos se puede efectuar a través de diversos medios: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva o compulsión sobre las personas (por ejemplo, para la ejecución forzosa de una orden de devolución de un extranjero).

Indica DÍAZ GONZÁLEZ (2018: p. 310) que en la doctrina científica la ejecutoriedad es comúnmente explicada como aspecto esencial de la manifestación ejecutiva del principio de autotutela, cuya *vis expansiva* ha sido criticada tanto desde un punto de vista general como desde la más concreta perspectiva de su aplicación en el ámbito sancionador. En este último sentido, véase LÓPEZ RAMÓN (1988: pp. 79-80).

Sobre la teoría mantenida por una parte de la doctrina que justificó la potestad sancionadora de la Administración en el poder de autotutela administrativa véase REBOLLO PUIG (2010b: p. 319).

(80) Como señala HUERGO LORA (2007: p. 48), no hay que confundir la imposición de sanciones con la gestión administrativa, es decir, con la tutela directa de los intereses públicos. Desde este punto de vista, considera el citado autor (comparto su opinión) que no son sanciones algunas medidas de restablecimiento de la legalidad como las demoliciones o las clausuras de los locales. En el mismo sentido, CANO CAMPOS (2014: pp. 32-33) diferencia las medidas de restablecimiento de la legalidad de las sanciones administrativas, señalando que en estas últimas el supuesto de hecho no es el incumplimiento previo de un deber por quien ha de soportar la fuerza, sino más simplemente una situación de hecho que el ordenamiento jurídico considera que ha de ser eliminada de inmediato por quien no la ha creado. A tales efectos, el dolo o la culpa es irrelevante y el daño eventualmente causado también. Estas medidas ni son sanciones ni se deben vincular a ellas configurándolas como medidas accesorias de aquellas. Su presupuesto de hecho y su régimen jurídico debe ser distinto del de las sanciones porque no tratan de castigar a un infractor sino de proteger de forma directa e inmediata el bien jurídico que subyace en el supuesto de hecho de la norma en virtud de la cual se adoptan.

(81) En este sentido, ARZOZ SANTISTEBAN (2010b: p. 1224) considera que carecen de carácter sancionador, por ejemplo, la obligación de revisar de oficio un acto administrativo interno que infringe el Derecho de la Unión, la obligación de devolver las ayudas de Estado concedidas en infracción del Derecho de la Unión, la obligación de reembolsar las ayudas europeas obtenidas irregularmente, la invalidez del contrato jurídico-privado que infringe la libre competencia o la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión. En el mismo sentido, BITTER (2011: pp. 246 y ss. y 280).

(82) Sobre la expropiación forzosa véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 231 y ss.); MAGALDI MENDAÑA (2019: pp. 747 y ss.).

GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 142 y ss.) incluyen las expropiaciones dentro de las que denominan potestades ablatorias (reales): expropiaciones, transferencias coactivas no expropiatorias (por ejemplo, la reparcelación urbanística y la concentración parcelaria) y los comisos.

(83) La doctrina administrativa denomina expropiación-sanción a la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad. Por ejemplo, la expropiación a los propietarios que no integran la Junta de Compensación —véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2010:

de licencias o concesiones (84), la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa (85) o las multas coercitivas (86)].

Las normas jurídicas pueden imponer deberes en consideración a un interés general de la colectividad o en interés de un sujeto determinado. En ambos casos surgen obligaciones (87), pero no toda consecuencia jurídica del incumplimiento de una obligación (responsabilidad) es una sanción en sentido estricto. En primer lugar, no son sanciones en sentido estricto las consecuencias negativas que derivan del incumplimiento de la correlativa obligación a un deber impuesto por la norma en interés de un sujeto determinado. Así, no son sanciones en sentido estricto las consecuencias negativas que derivan del incumplimiento de un contrato (88).

p. 361)— o la expropiación de viviendas deshabitadas o en circunstancias de emergencia social —véase MOREU CARBONELL (2014: pp. 369 y ss.)—.

HUERGO LORA (2010: p. 461) considera que esta medida, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida por la doctrina y la jurisprudencia, no es una sanción porque no tiene una finalidad punitiva sino que es el mecanismo previsto por la Ley para conseguir que se cumpla la norma que establece un determinado fin o destino para el bien. Es una medida de gravamen dirigida a obtener el cumplimiento de una norma, lo que la asemeja a las medidas de restablecimiento de la legalidad. Al respecto cita, entre otras, la STC 319/1993 (2010: p. 459), que considera que estamos ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE).

(84) También considera que las revocaciones de licencias y la expropiación no son sanciones, HUERGO LORA (2007: p. 228). Asimismo, opina que no constituye actividad punitiva la revocación de concesiones, SILVA FORNÉ (2002: p. 178). Por el contrario, la STC 26/2005, de 14 de febrero, considera que la suspensión temporal del ejercicio de una concesión administrativa es una sanción. Sobre esta sentencia véase SUAY RINCÓN (2010: p. 172).

(85) Esta medida está prevista en el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

También considera, en contra de la opinión que ha mantenido el Tribunal Constitucional, que se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad, HUERGO LORA (2010b: pp. 464-465).

(86) Consideran que las multas coercitivas no son sanciones MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1976: pp. 9 y ss.) y, posteriormente, de acuerdo con la jurisprudencia del TC (citada, por todos, la STC 239/1988, de 14 de diciembre), SUAY RINCÓN (2010: p. 169); LÓPEZ MENUDO (2010: p. 467); HUERGO LORA (2017: p. 437); MOREU CARBONELL (2019a: p. 330); SILVA FORNÉ (2002: p. 178). En el mismo sentido en la doctrina alemana, MITSCH (2005: p. 15); BLUM/AKAY (2020: p. 79); ROGALL (2018: p. 77).

(87) Sobre la distinción entre deber y obligación y entre deber que se impone en interés de un sujeto determinado y deber que se impone en interés general de la comunidad véase GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ (2020: pp. 52-53 y 158).

(88) Las consecuencias negativas que derivan del incumplimiento de un contrato se regulan en el ámbito del Derecho de obligaciones, que se ubica en el Derecho civil. Las obligaciones que derivan de los contratos surgen entre dos individuos que se encuentran en una posición de igualdad, mientras que las sanciones (en sentido estricto) y las medidas

Por otra parte, los deberes que se imponen en atención a un interés general pueden ser de tres clases: un deber «personal» de cumplir un mandato o una prohibición que la norma impone al «individuo» en su condición de persona humana, un deber de carácter «patrimonial» que la norma impone a la «persona jurídica» (89) en atención al interés general de reparar el daño causado y un deber «social», que puede fundamentarse en diversos intereses generales de la colectividad, que la norma impone a la «persona jurídica» (utilizo el concepto de «persona» como categoría general de la teoría del Derecho que incluye tanto a la persona física como la jurídica) (90).

Pues bien, solo la responsabilidad que deriva del incumplimiento de un deber personal, que se fundamenta en el reproche que la sociedad dirige al individuo por la realización de una conducta antijurídica (culpabilidad), puede integrar el concepto de sanción.

de policía (responsabilidad social) derivan de la relación de poder que tiene el Estado sobre el individuo. La responsabilidad extracontractual, aunque se regule en el ámbito del Derecho privado, no deriva de la posición de igualdad en la que se encuentran los sujetos que firman un contrato, sino que, en mi opinión, es «impuesta» en el ámbito de las relaciones sociales.

Utiliza el término sanción en el sentido amplio que aquí se rechaza PÉREZ ÁLVAREZ (2018: pp. 177 y ss.), que la define como consecuencia que deriva de la inobservancia de la norma jurídica y la considera caracterizada por el hecho de que puede ser aplicada mediante la coacción (se refiere a que la norma es coercible, en el sentido de que toda norma conlleva el deber jurídico de cumplirla). Las sanciones derivadas del incumplimiento de las normas —dice el citado autor— son de diversos tipos. Así y por aludir a algunas: las pena, la ejecución forzosa, la satisfacción por equivalente o la invalidez del acto que se hubiera llevado a cabo mediando incumplimiento de lo dispuesto en una norma. Por otra parte, al margen de las consecuencias que según los casos puedan derivarse de la inobservancia de la norma, destaca que, mediando determinados presupuestos, el Título preliminar del Código civil impone la nulidad —«absoluta o de pleno derecho»— como sanción de carácter general para los actos que hubieran sido llevados a cabo en contra de las normas jurídicas (art. 6.3 del Código civil —en adelante CC—).

(89) Sobre la diferencia entre persona e individuo véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 70 y ss; 2016e: p. 15 nota 56), que realiza una detallada crítica de la tesis que mantiene que en el Derecho penal el sujeto de la imputación es la «persona», tachando como totalmente erróneo todo intento de sustituir al individuo empírico por la persona como sujeto del Derecho penal y de la infracción y sanción administrativas.

(90) Como señala GRACIA MARTÍN (2016e: p. 13 nota 56), el concepto de «persona», completamente elaborado por la teoría general del Derecho y válido para todas las ramas del Derecho, es una construcción jurídica pura, es decir, una construcción del pensamiento jurídico, que comprende *per definitionem* tanto a la física como a la jurídica. Citando a KELSEN (2016e: pp. 26 ss., 30 ss.) señala que las personas no son nada más que conjuntos de normas, es decir, ordenamientos jurídicos parciales que regulan las conductas de los individuos que configuran sus substratos reales. Por ello, las personas mismas no pueden ser destinatarias de normas jurídicas de determinación ni, por ello mismo, tener los derechos que confieren ni los deberes que imponen.

Para hacer cumplir los deberes que imponen las normas en consideración a intereses generales el Estado está investido de distintas potestades (91), entre las que se encuentra la potestad sancionadora, mediante la cual impone sanciones en sentido estricto, es decir, consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento del deber personal de cumplir un mandato o una prohibición (norma de determinación). De esta potestad debe distinguirse la potestad de policía que el Estado tiene para imponer otros deberes sociales. En virtud de la potestad sancionadora el Estado impone sanciones mientras que en virtud de la potestad de policía impone medidas de policía (92).

A diferencia de las sanciones, que siempre derivan, en una relación indisoluble, del hecho realizado por quien infringió la norma (hecho propio), las medidas coactivas que no son sanciones pueden derivar de acciones realizadas por otros individuos distintos a aquellos a los que el ordenamiento jurídico les imputa esa responsabilidad (93).

La responsabilidad «personal» es siempre una responsabilidad subjetiva que se fundamenta en la realización de un hecho por el mismo sujeto al que el ordenamiento jurídico hace responsable, mientras que la responsabilidad «social» y la responsabilidad «patrimonial» son objetivas, en el que sentido de que consisten en la imputación (94) objetiva de un resultado.

(91) Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 54), los poderes públicos, potestades administrativas, actúan en garantía del efectivo cumplimiento de los deberes públicos impuestos por las normas constitucionales.

(92) Al respecto véase *infra* el apartado V.

(93) En este sentido, la doctrina se refiere a la «responsabilidad por el hecho ajeno» —así la denomina KELSEN (1991: p. 134) —. En mi opinión, el uso de esta expresión exige aclarar que, en realidad, el hecho ajeno en sí mismo no forma parte del supuesto de hecho que constituye el fundamento de esta clase de responsabilidad. Lo que forma parte del supuesto de hecho es el resultado que deriva de ese hecho. Desde este punto de vista, el hecho ajeno no es más que el «el hecho de conexión» entre el resultado que se imputa objetivamente y el sujeto al que el ordenamiento hace responsable. El término «responsabilidad por el hecho ajeno» puede usarse para diferenciar a esta responsabilidad de la que se fundamenta en el «hecho propio» (la responsabilidad sancionadora), porque, en sentido estricto, el responsable (me refiero a la responsabilidad patrimonial o social) no lo es «por» el hecho de otro sino por el motivo que, según la clase de responsabilidad de que se trate, fundamenta la imputación (objetiva) del resultado: la necesidad de reparar el daño causado, la peligrosidad de la cosa, la peligrosidad de la situación o la aplicación de la legalidad vigente. Como señala GRACIA MARTÍN (2020a: p. 38, nota 108), en los supuestos de responsabilidad objetiva, no existe relación «interna» entre el individuo responsable y el acontecimiento.

(94) El concepto de imputación es explicado claramente por KELSEN (1991: pp. 90-91) que señala que en la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente a la causalidad, que puede ser denominado principio de imputación (atribución). En términos generales el enunciado jurídico (por ejemplo «si un hombre comete un delito debe sancionársele con una pena»; «si alguien no paga

Desde este punto de vista, puede afirmarse que las diferencias cualitativas que algunos autores han señalado que existen entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (95) se darían en realidad entre el Derecho penal y el Derecho de policía.

Estas tres clases de responsabilidad no siempre son ubicadas por el legislador en el mismo sector del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, encontramos consecuencias jurídicas que se fundamentan en una responsabilidad «personal» en el Derecho penal (la pena) y en el Derecho administrativo sancionador [la

sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales» o «si un hombre padece una enfermedad contagiosa debe ser internado en un establecimiento determinado para esos casos») dice que bajo determinadas condiciones —esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe producirse un determinado acto de coacción —a saber: el determinado por el orden jurídico—. De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Sin embargo, estos dos elementos no están enlazados como una causa con su efecto. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad pública, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad. Sobre el concepto de imputación en la filosofía y en la Ciencia del Derecho penal, véase RUEDA MARTÍN (2001: pp. 63 y ss.).

(95) NIETO GARCÍA (2012: pp. 325, 327, 342 y ss., 346) considera que la potestad punitiva judicial gira en torno a la retribución por la lesión de bienes capaces de justificar la restricción de la libertad mientras que la sancionadora administrativa gira en torno a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas, es decir, el logro del cambio en la conducta para su adecuación a dicha programación. En opinión del citado autor, las infracciones administrativas son consecuencia de una inobservancia: el simple incumplimiento de un mandato o de una prohibición de crear riesgos de manera que para castigar una infracción administrativa basta un incumplimiento formal (2012: p. 325), habida cuenta de que tal inobservancia basta para producir el peligro abstracto. Vistas así las cosas —señala el citado autor— se comprende fácilmente el descenso de nivel de exigencia de la culpabilidad. Para condenar penalmente a una persona hace falta dolo y raramente bastará imprudencia; mientras que para sancionar una infracción administrativa basta con un simple incumplimiento formal, con la simple inobservancia. Asimismo, observa el citado autor (2012: pp. 415 y 426), que en el ámbito sancionador a la ley no le importa quién es el autor de la infracción, de manera que se quiere ahorrar a la Administración sancionadora investigaciones tan prolijas como inútiles y, dejando a un lado la autoría, se señala al responsable aunque no haya participado ni de cerca ni de lejos en la realización de ilícitos»; por eso mismo «las leyes administrativas solo muy raramente aluden a los “autores” y lo que regulan es el régimen jurídico de los responsables»

Asimismo, PAREJO ALFONSO (p. 975) considera que la potestad punitiva judicial gira en torno a la retribución por la lesión de bienes capaces de justificar la restricción de la libertad mientras que la sancionadora administrativa gira en torno a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas, es decir, el logro del cambio en la conducta para su adecuación a dicha programación.

infracción administrativa (96) y la infracción disciplinaria (97)]; encontramos consecuencias jurídicas que se fundamentan en una responsabilidad «patrimonial» en el Derecho civil (por ejemplo, la responsabilidad civil extracontractual prevista en los art. 1902 y ss. CC), pero también en el ámbito del Derecho penal (responsabilidad civil derivada del delito) y en el Derecho administrativo [la responsabilidad civil que deriva de una infracción administrativa (98) o la responsabilidad patrimonial de la administración pública (99)]; y encontramos consecuencias jurídicas que se ubican en el ámbito de la responsabilidad «social» en el Derecho penal [por ejemplo, el comiso, la responsabilidad de las personas jurídicas o las consecuencias accesorias (100)] pero también en el Derecho administrativo no sancionador [por ejemplo, la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado careciendo de los requisitos exigidos por la normativa (101)].

Es la ciencia del Derecho la que debe encargarse de delimitar la naturaleza jurídica de una determinada consecuencia jurídica, con independencia del nombre que le haya dado el legislador (102), del sector del ordenamiento

(96) Por ejemplo, en mi opinión, son sanciones, en el sentido estricto que aquí se defiende, las sanciones tributarias previstas en los arts. 185 y ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) cuando el sujeto responsable es un individuo, no una persona jurídica (dice el art. 181 LGT que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en las leyes).

(97) Como en este artículo me ocupo de las diferencias entre la sanción administrativa y la pena, no hago referencia a la sanción disciplinaria, pero, desde el concepto que aquí he defendido, considero que también debe considerarse una sanción. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (2020a: p. 48), CEREZO MIR (1975: p. 1972); REBOLLO PUIG (2010b: p. 323), HUERGO LORA (2007: p. 182), GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 193). Sobre la potestad disciplinaria de la Administración véase HUERGO LORA (2007: pp. 173 y ss., 184 y 186); NICOLÁS LUCAS (2018: pp. 129 y ss.); REBOLLO PUIG (2010b: p. 322); GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 192 y ss. y 218.).

(98) Sobre la responsabilidad civil derivada de la infracción administrativa véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 223).

(99) La institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el art. 106.2 CE, que atribuye a los particulares el derecho a ser indemnizado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuera mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se cumplan los demás requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico. Sobre esta institución véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 383 y ss.); MOREU CARBONELL (2019b: pp. 835 y 836); BUSTO LAGO (2013, pp. 611 y ss.).

(100) Sobre la regulación de estas medidas en el Código penal y su fundamento véase *supra* este mismo apartado.

(101) Sobre esta medida véase *supra* este mismo apartado.

(102) En el mismo sentido, dice HUERGO LORA (2007: p. 192) que las sanciones lo son por cumplir los requisitos de esta figura jurídica y no porque el legislador diga que lo son o que no lo son. En contra de esta opinión se manifiesta PEMÁN GAVÍN (2000: p. 36).

jurídico en el que la haya ubicado o del procedimiento que haya establecido para imponerla (103).

Esta tarea de interpretación de la consecuencia jurídica que el legislador introduce en un determinado sector del ordenamiento jurídico, acorde con su naturaleza jurídica, que es fundamental para aplicarla correctamente, debe realizarla la dogmática, pero también la jurisprudencia. Solo así el Derecho puede actuar como limitador del poder estatal (104). No hay ninguna infracción de ley cuando la interpretación se basa en el fundamento de la institución que se pretende aplicar, siempre que este se encuentre, de algún modo, en el tenor literal de la ley. Así, por ejemplo, aunque el legislador denomina «penas» a las consecuencias jurídicas que prevé para las personas jurídicas en el art. 33. 7 CP, de la redacción del artículo se extrae sin dificultad que no estamos ante una responsabilidad «personal», puesto que no forma parte de su supuesto de hecho la realización de un hecho delictivo por un determinado individuo al que se le hace responsable, sino únicamente la constatación de un resultado delictivo. Al respecto dice el art. 31 ter que «la responsabilidad será exigible... aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella».

Por otra parte, para realizar correctamente esta tarea clasificatoria no hay que olvidar la relación lógica que debe existir entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

La ley es una proposición jurídica de *deber ser*, que consta de un *supuesto de hecho* del que deriva una *consecuencia jurídica*, de manera que ambos están enlazados en una relación lógica, que exige una congruencia necesaria del uno con la otra (105), de manera que el supuesto de hecho

(103) HUERGO LORA (2007: p. 123) compara el procedimiento utilizado en España para recurrir la sanción administrativa con el utilizado en otros países. En nuestro país la sanción administrativa se recurre ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, mientras que, en otros países, como Alemania, se recurre ante los tribunales penales. Esta peculiaridad coloca al Derecho administrativo sancionador al margen de importantes instrumentos de cooperación jurídica internacional, puesto que, aunque habitualmente se considera suficiente, para cumplir con las exigencias del Estado de Derecho, que las decisiones administrativas sancionadoras sean recurribles ante Tribunales contencioso-administrativos, algunas normas de cooperación jurídica internacional exigen que las decisiones administrativas sean recurribles ante los tribunales penales. La aplicación de los principios del *ius puniendi* a la sanción administrativa no es suficiente por sí solo para que las sanciones administrativas puedan disfrutar de los mecanismos de cooperación entre Estados, lo que coloca a las sanciones españolas en clara inferioridad respecto a las impuestas por órganos administrativos de otros Estados, que sí son impugnables ante un tribunal penal.

(104) Al respecto véase GRACIA MARTÍN (2020b: 459 y ss.).

(105) Sobre la relación lógica entre la consecuencia jurídica y la infracción véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 35 y ss.) y ESCUCHURI AISA (2004: pp. 6 y ss.).

tiene que comprender todos los elementos que fundamentan la consecuencia jurídica.

Desde este punto de vista, la consecuencia jurídica no puede ser una pena ni una sanción administrativa si el sujeto al que se pretende hacer cumplirla no tiene capacidad de acción (106) ni, por tanto, capacidad de culpabilidad (así, ocurre, por ejemplo, con las personas jurídicas). El fundamento de toda sanción es una conducta culpable (su supuesto de hecho es la infracción de una norma de determinación, que da lugar al injusto que se le «reprocha» a su autor).

Si, por el contrario, como señala GRACIA MARTÍN (107), la ley ha previsto cargar al *sujeto de la acción o la omisión* con una responsabilidad fundada precisamente en la realización u omisión de su acción [además de en el resultado respectivamente producido o no evitado (108)], y si adicionalmente se dan todos los restantes presupuestos necesarios para aplicar la consecuencia jurídica correspondiente —la ilicitud de su acción u omisión y su culpabilidad—, entonces aquella responsabilidad no podrá ser de otra clase distinta a la de una estrictamente *personal* (109), y la correspondiente consecuencia jurídica aplicable solo podrá y tendrá que ser una de tipo sancionador, sin perjuicio de que pueda renunciarse a aplicarla (110).

La determinación de la naturaleza jurídica de las distintas consecuencias jurídicas que el legislador introduce en los distintos sectores del ordenamiento jurídico se ubica en el plano de la norma, común a todo el ordenamiento jurídico, y no de la ley penal. Por ello, encontramos consecuencias jurídicas de carácter sancionador y no sancionador tanto en el Código penal como en las leyes administrativas.

(106) Sobre la diferencia entre capacidad jurídica, capacidad de acción y capacidad de obrar véase GRACIA MARTÍN (2020: p. 63 y nota 225 y p. 78 nota 282).

(107) GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 85 y ss.).

(108) Como señala CEREZO MIR (1998: 155 ss. y 186 ss.), el desvalor de resultado es también junto al desvalor de acción, un elemento constitutivo de lo injusto personal.

(109) Como la sanción tiene un fundamento distinto a las medidas no sancionadoras puede ser acumulada a estas. Al respecto, señala GRACIA MARTÍN (2020a: pp. 40 y ss.) que el sujeto de la acción o la omisión, que es siempre y necesariamente un *individuo*, no deja de poder ser también sujeto de la imputación en cuanto *persona* que es, además de ser un individuo.

(110) Precisamente porque se trata de una sanción es posible renunciar a su aplicación, mientras que, si se tratara de una medida no sancionadora, orientada al restablecimiento de la legalidad y a la protección de los intereses generales, no se puede renunciar a su aplicación efectiva. Véase en este sentido HUERGO LORA (2007: pp. 228 s. y 230).

Para llegar a esta conclusión es necesario partir de una premisa fundamental: el concepto de bien jurídico (111) y el de norma es común a todo el ordenamiento jurídico (112).

Como explicó GRACIA MARTÍN (113), aplicando el método que distingue entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto, todos los bienes jurídicos (114) resultan de la valoración positiva de ciertos y determinados objetos o sustratos reales de muy diversa índole y naturaleza *por el Derecho*, en razón de las prestaciones y utilidades que su uso y consumo procuran a los individuos humanos y la comunidad social. Los bienes jurídicos son tales —es decir: precisamente *jurídicos*— porque son bienes *del Derecho*, o dicho de otro modo: porque por medio de sus juicios de valor *primarios*, el Derecho reconoce objetos a los que hace bienes *suyos* y ya solo con eso les dispensa *ipso facto*

(111) Consideran que también las infracciones administrativas protegen bienes jurídicos GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: p. 80); MITSCH (2005: pp. 16-17 nm. 9); HEFENDEHL (2016: p. 641), aunque este último autor matiza que solo algunas infracciones administrativas protegen bienes jurídicos. Distingue este autor (2016: pp. 639-640) entre infracciones administrativas que protegen bienes jurídicos e infracciones administrativas que sancionan la mera desobediencia administrativa, que no protegen bienes jurídicos, sino que tratan de implementar el orden. En su opinión, no es un bien jurídico el orden de la actividad administrativa, que solo vagamente puede vincularse con la protección de bienes jurídicos. Pone como ejemplo de estas últimas la infracción que consiste en aparcar en un lugar reservado a discapacitados. Desde este punto de vista, considera este autor que las diferencias cuantitativas se dan entre los delitos y las infracciones administrativas que protegen bienes jurídicos.

En mi opinión, toda actividad administrativa debe perseguir la tutela de bienes jurídicos. En relación al ejemplo que pone HEFENDEHL, considero que el orden de la actividad administrativa no es un bien jurídico, pero sí lo es la seguridad en el tráfico. Se trata de un bien jurídico colectivo, cuya función es la protección indirecta o mediata de bienes jurídicos individuales (por ejemplo, la vida o la integridad física y la salud). En mi opinión, los bienes jurídicos son protegidos por todo el ordenamiento jurídico. Incluso las medidas de policía que no tienen naturaleza sancionadora protegen bienes jurídicos. Por ejemplo, el confinamiento para atajar la pandemia provocada por la COVID-19 tiene como finalidad proteger el bien jurídico «salud pública» cuya función es la protección de la vida y la integridad personal y la salud individual.

Sobre esta cuestión hay que destacar que la forma en que la doctrina penal resuelve la relación entre el Derecho penal y el administrativo sancionador depende en gran medida de la concepción que los autores tienen acerca de si el Derecho penal debe proteger o no bienes jurídicos colectivos. Sobre mi teoría sobre los bienes jurídicos colectivos, que, en mi opinión, también deben ser protegidos por el Derecho penal, véase MAYO CALDERÓN (2005: pp. 35 y ss.)

(112) Como señala CEREZO MIR (1975: p. 160), el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho penal.

(113) Véase GRACIA MARTÍN (2006b: pp. 84 y ss. y 215 y ss.).

(114) Como dice CEREZO MIR (2004: p. 13), los bienes del individuo y la comunidad son elevados por la protección de las *normas del Derecho* a la categoría de bienes *jurídicos*. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN (2006: pp. 84 y ss.) indica que los bienes jurídicos los crean las valoraciones jurídicas primarias que constituyen el principio o momento axiológico inicial de todas las normas jurídicas.

protección o tutela mediante sus normas (115), pues por definición, un objeto privado de protección *jurídica* no sería un bien precisamente *jurídico*. La suma de bienes jurídicos, y las relaciones de estos entre sí en un sistema, configura el orden social deseado y protegido por el Derecho (116). Por lo tanto, no hay bienes jurídicos *penales*, sino más bien y precisamente bienes *del Derecho*.

Del mismo modo que el concepto de bien jurídico, también el de norma es común a todo el ordenamiento jurídico. Si se respeta la distinción lógica que estableció BINDING (117) entre *norma* y *ley*, no puede decirse que haya *normas penales, administrativas o civiles* sino *leyes penales, administrativas o civiles*, que concretan determinados supuestos de hecho comprendidos por la norma.

Las *normas* ya les vienen dadas como tales a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Es el legislador el que, mediante las *leyes*, concreta y configura los diferentes supuestos de hecho comprendidos en el ámbito de una norma y asigna cada uno a una rama del ordenamiento jurídico, en función de la clase de consecuencia jurídica con que deba ser tratado.

El Derecho no sancionador se ubica en el plano de las normas de valoración cuya materia no es la conducta humana sino el aseguramiento objetivo del orden social deseado por el Derecho, mientras que las normas de determinación (118) son las normas propias y específicas de todo ordenamiento jurídico sancionador, del que el Derecho penal no es más que un fragmento al que debe apelarse solo en última instancia (119).

Las normas de determinación de conductas imponen a los individuos deberes *personales* mientras que las normas de valoración imponen deberes objetivos impersonales (120), que se atribuyen al Estado (121) o a la persona física o jurídica, no al individuo humano.

Un mero incumplimiento o estado objetivo de contrariedad a una norma de *valoración* no es, en sentido estricto, una *infracción* (122), sino que es únicamente un hecho objetivo susceptible de una *imputación objetiva*, por el

(115) Elevados por la protección de las *normas del Derecho* a la categoría de bienes *jurídicos*.

(116) Véase WELZEL (1969: pp. 4 s.); KAUFMANN (1954: p. 70); CEREZO MIR (2004: p. 14).

(117) Véase BINDING (1922: pp. 45, 89, 97 y 255).

(118) Sobre las normas de valoración y de determinación véase GRACIA MARTÍN (1993: p. 602 y ss.); ROMEO CASABONA (pp. 12-13).

(119) GRACIA MARTÍN (2001: p. 9; 2006: p. 90).

(120) Son deberes impersonales porque no se fundamentan en la infracción de la norma (de determinación) que realiza el mismo individuo al que se hace responsable y cuya realización se le reprocha.

(121) Este es el caso de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

(122) Sobre el Derecho administrativo no sancionador como ordenamiento jurídico de carácter meramente distributivo o de valoración véase GRACIA MARTÍN (2006: p. 90 nota 172).

resultado (123), de manera que no existe relación «directa» e «interna» (124) entre el individuo responsable y el acontecimiento indeseable según el orden jurídico.

Dado que el fundamento de la responsabilidad sancionadora es la imputación del resultado a partir de juicios de distribución en el plano de las normas de valoración, nada impide que sujeto de la imputación, es decir, el *responsable*, sea uno distinto del causante del resultado (125).

III. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SANCIÓN COMO CONCEPTO ANALÍTICO

El supuesto de hecho de la sanción (126) se configura mediante tres juicios sucesivos: el de la tipicidad, el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad. Es un concepto analítico, en el que los distintos elementos están unidos en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión puede ser típica, solo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable (127).

Por ello, la infracción administrativa (supuesto de hecho de la sanción administrativa) debería definirse igual que el delito (128), como hace la ley de infracciones administrativas alemana (129) (*Gesetz über Ordnungswidri-*

(123) Véase KELSEN (1991: pp. 136 y ss.).

(124) Considera que, en los supuestos de responsabilidad objetiva, no existe relación interna entre el individuo responsable y el acontecimiento, GRACIA MARTÍN (2020a: p. 38, nota 108).

(125) Sobre la denominada «responsabilidad por el hecho ajeno» véase *supra* el apartado II.2.

(126) Utilizo el concepto de «sanción» en el sentido estricto al que he hecho referencia en el apartado anterior. Desde este punto de vista, como he señalado *supra*, es una sanción no solo la pena y la sanción administrativa sino también la sanción disciplinaria.

(127) CEREZO MIR (1998: p. 23).

(128) Como señala CEREZO MIR (1998: p. 20), el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Un sector doctrinal añade «punible» porque en ocasiones la aplicación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable está condicionada por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad (por ejemplo, la que se contiene en el art. 606.2 CP) y otras veces la concurrencia de una excusa absolutoria (por ejemplo, la que se contiene en el art. 268.1 CP) impide la aplicación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, considera el citado autor que la inclusión de la punibilidad en el concepto de delito, no sería lógicamente correcta, pues las condiciones de punibilidad y las excusas absolutorias son muy escasas en nuestro Código penal (ambas responden a consideraciones de política criminal) y no puede, por tanto, decirse que constituyan elementos esenciales del delito.

(129) Sobre el sistema alemán de sanciones administrativas previstas en la OWiG véase Mitsch (2005: pp. 11-12).

gkeiten), que la define como la acción típica, antijurídica y culpable [§1 OWiG (130)] (131).

Para que una conducta (acción u omisión) constituya delito o infracción administrativa (132) debe estar comprendida en un tipo de lo injusto del Código penal o de una ley administrativa (133). Esta necesidad se deriva del principio de legalidad (art. 9.3 y 25.1 CE) que se extiende a un repertorio muy amplio de principios que derivan de él (134), entre los que se encuentra el principio de reserva de ley, cuya alcance, sin embargo, ha sido muy discutido por la doctrina administrativa (135). Ello deriva, en mi opinión, de la falta de delimitación del concepto de sanción en sentido estricto y de la confusión que existe entre las medidas coactivas sancionadoras y las no sancionadoras.

En relación con el principio de legalidad también hay que destacar que, en el marco de Estado autonómico español, la ley administrativa que establezca una sanción puede ser una ley autonómica. Esta diferencia entre los dos instrumentos sancionadores del Estado está reconocida en el art. 149.1.6 CE, que establece que la competencia legislativa en materia penal corresponde en exclusiva al Estado (136).

Volviendo a la tipicidad como primer elemento de la infracción punible, hay que señalar que el tipo contiene, entre otros elementos (137), la conducta

(130) La doctrina alemana señala que la infracción administrativa tiene la misma estructura que la penal. Al respecto véase KRENBERGER/KRUMM (2018: pp. 1-7); BLUM/ AKAY (2016: pp. 77-79); KLESZCZEWSKI, (2016: 10 y ss.); MITSCH (2005: pp. 4, 13, 41 y ss., 79 y ss.); ROGALL (2018: p. 73).

(131) En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: p. 286).

(132) CANO CAMPOS (2009: p. 86) define la infracción administrativa como una acción antijurídica y personalmente imputable castigada por la ley con una sanción administrativa

(133) Las conductas típicas son las seleccionadas, respectivamente, por la ley penal o la ley administrativa como delito o infracción administrativa.

(134) Sobre estos principios véase *infra* el apartado IV.2.

(135) A pesar de que el principio de legalidad sancionadora se recoge en la propia Constitución, en un principio el Tribunal Constitucional y el legislador redujeron al mínimo esa aplicación, admitiendo la tipificación de infracciones y sanciones mediante Decretos-Leyes y mediante Ordenanzas locales, posibilidades ambas que nunca se han admitido para la tipificación de delitos y penas.

Sobre la reserva de ley en el Derecho administrativo sancionador véase NIETO GARCÍA (2012: pp. 211 y ss.); HUERTO LORA (2007: P. 25, nota 6); NICOLÁS LUCAS (2018: pp. 129 y ss.)

(136) Sobre la descentralización política en España que ha creado tantos centros nuevos de poder sancionador como Comunidades Autónomas, extendiendo hasta el límite esta técnica represiva véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 188).

(137) Señala CEREZO MIR (1998: pp. 94 y 96) que al tipo de lo injusto pertenecen todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva. Por otra parte, señala el citado autor que el tipo de lo injusto rebasa el ámbito de la materia de prohibición o del mandato. El Derecho puede prohibir únicamente la realización de accio-

(descrita abstractamente de un modo hipotético) desvalorada socialmente por lesionar o poner en peligro un bien jurídico, que el legislador selecciona e incluye en un determinado sector del ordenamiento jurídico y que, necesariamente, ha de ser dolosa (138) o imprudente. Así se prevé expresamente por el Código penal (art. 1.1 y 10 CP), pero este principio es aplicable a todo el Derecho sancionador (139).

Después de una larga discusión acerca de la ubicación sistemática del dolo, actualmente la doctrina penal, de manera prácticamente unánime, lo ubica en el tipo y no en la culpabilidad (140). Sin embargo, esta tesis no ha sido

nes dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de la lesión de un bien jurídico y/o que lleven consigo el peligro de dicha lesión, pero no puede prohibir la causación de un determinado resultado. El resultado real, es decir, la producción efectiva del resultado, que forma parte del tipo, no puede pertenecer, por ello, a la materia de la prohibición (o del mandato).

(138) El error de tipo (error sobre un hecho constitutivo de la infracción) excluye el dolo. Está regulado en el art. 14.1 CP. Cuando es invencible excluye la responsabilidad criminal y si es vencible la infracción es castigada como imprudente.

Sobre la aplicación de esta clase de error en el ámbito del Derecho administrativo sancionador véase PALMA DEL TESO (2010: p. 686).

Sobre la regulación del error de tipo en la OWiG (§ 11.1) véase MITSCH (2005: pp. 70-71).

(139) En el mismo sentido, SILVA FORNÉ (2002: pp. 186 y 189).

(140) La ubicación del dolo en el tipo se atribuye al finalismo, pero, como ha señalado GRACIA MARTÍN (2004: pp. 912 y ss.; 2005: pp. 61 y ss.), las consecuencias de esta teoría son mucho más amplias. Para el finalismo el sustrato material que sirve de soporte a los tipos de lo injusto y a partir del cual se trata de aprehender su sentido social, es uno que, en el delito de acción, está constituido siempre —y sin ninguna excepción— por una acción *finalista*, mientras que el sustrato material que soporta los tipos en la concepción de otros autores parece ser uno coincidente con el definido como acción por el llamado concepto causal. A la teoría de la imputación objetiva —a favor de la citada teoría, ideada por ROXIN, véase ROXIN/GRECO (2020: pp. 442 y ss.) y, en contra, RUEDA MARTÍN (2001: pp. 97 y ss.— habría que asimilarla, en cuanto al método, con un normativismo analítico y al finalismo con un realismo normativo sintético. Según la concepción defendida por el finalismo, lo que es obra *del sujeto* solo se identifica mediante la respuesta a la pregunta por la relación del acontecimiento con la *voluntad del sujeto*. Y esto únicamente puede tener lugar mediante la inserción y fusión del tipo objetivo en el subjetivo, los cuales no pueden operar —ninguno de los dos— de modo independiente, sino solo en la unidad indisoluble que ya viene constituida y con fuerza vinculante de carácter lógico-objetivo, desde la esfera ontológica. Para el finalismo, el tipo objetivo y el subjetivo no constituyen niveles de enjuiciamiento independientes, sino que operan como una unidad indisoluble, que solo se muestra dividida cuando se trata de explicar y de exponer, y ello por razón de las limitaciones que impone nuestro lenguaje. El finalismo opera con una fusión sintética ya en el nivel de lo injusto personal. El tipo subjetivo es uno *lógicamente* anterior al objetivo, pues este es el objeto de aquel. Por ello, si desde el principio se sabe ya que no existe el tipo subjetivo, todo lo que suceda a partir de ese conocimiento ya no podrá ser valorado, por esa razón, como realización del tipo objetivo, pues se tratará de un mero acontecimiento que no podrá ser configurado como un desvalor *de resultado* (*Erfolgsunwert*), sino a lo sumo —y para el caso de que el acontecimiento sea uno *jurídicamente* relevante— como un simple desvalor *de situación* (*Sachverhaltsunwert*), que

asumida por la mayoría de la doctrina administrativa (141) y por la Administración (en su tarea de imposición de las sanciones administrativas), que siguen considerando al dolo y a la imprudencia como formas de culpabilidad (142).

Esta identificación de la culpabilidad con el dolo y la imprudencia constituye uno de los mayores lastres del Derecho administrativo sancionador en nuestro país, puesto que no se trata de una cuestión meramente académica, sino que tiene consecuencias muy negativas para el ciudadano, que muchas veces se encuentra indefenso ante algunas actuaciones de la Administración.

La falta de ubicación del dolo y la imprudencia en el tipo conduce a no diferenciar entre distintos tipos de infracciones administrativas que solo pueden distinguirse atendiendo a la intención del sujeto, a no distinguir la infracción administrativa de otras conductas irrelevantes para el Derecho administrativo sancionador y a vaciar de contenido la culpabilidad como elemento del concepto de infracción administrativa (143).

Así, por ejemplo, en el art. 179.2 d) LGT (144) se recoge una causa de atipicidad (145) a la que no haría falta referirse expresamente si el

únicamente expresa el juicio de contrariedad de la situación al orden social jurídicamente deseado concebido como un todo, pero que en nada fundamenta, por ello, el desvalor que es *específico* para la constitución de lo injusto *punible*.

(141) En este sentido véase, por ejemplo, NIETO GARCÍA (2012: pp. 339 y ss.); HUERGO LORA (2007: p. 43, 236, 377 y ss., 385); (2012: pp. 339); PAREJO ALFONSO (2020: pp. 994); DE PALMA DEL TESO (2010: pp. 692, 693-694, 696 y 706 y ss.); PÉREZ ROYO/CARRASCO GONZÁLEZ (2019: p. 435).

Una excepción a este planteamiento es la opinión mantenida por CANO CAMPOS (2014: pp. 181 y ss. y 209), que ubica el dolo y la imprudencia en el tipo.

En el mismo sentido aquí mantenido, la doctrina alemana ubica el dolo en el tipo de la infracción administrativa. Así, por ejemplo, MITSCH (2005: p. 65); BLUM/AKAY (2020: p. 78); KRENBERGER / KRUMM (2018: p. 4).

(142) Se muestra también crítico con esta forma de proceder de la doctrina administrativa GRACIA MARTÍN (2020a: p.43 y ss.)

(143) Así, por ejemplo, DE PALMA DEL TESO (2010: p. 696) considera que en el Derecho administrativo sancionador son aplicables las causas de exclusión de la antijuridicidad pero no las causas de exclusión de la culpabilidad porque son las únicas compatibles con el concepto de culpabilidad acogido en el ámbito punitivo, que se circunscribe a la exigencia de dolo o culpa como elemento subjetivo de la infracción.

(144) Dice el art. 179.2 d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria lo siguiente: «Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria... cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma».

(145) Considera también que en estos supuestos se excluye el tipo, GARCÍA GÓMEZ (2002: p.109.). Por el contrario, lo trata como un supuesto de error DE PALMA DEL TESO (2010: p. 691-692).

legislador y la Administración partieran de la correcta ubicación del dolo y de la imprudencia en el concepto de infracción administrativa porque es evidente que cuando el contribuyente realiza su declaración de acuerdo con un fundamento razonable de la norma, no hay ni imprudencia [inobservancia, al realizar la declaración, del cuidado objetivamente debido (146)] ni dolo [conciencia y voluntad de defraudar a la Hacienda Pública (147)]. En estos casos la Administración y, posteriormente, los Tribunales, deberán determinar si es correcta la opinión acerca de la interpretación de la norma mantenida por la oficina liquidadora o por el contribuyente, pero no se debe sancionar al contribuyente por haber mantenido una interpretación distinta a la sostenida por la Administración. Sin embargo, a pesar de tratarse de una conducta que debería considerarse irrelevante para el Derecho administrativo sancionador y de que el legislador regula expresamente esta causa de exclusión del tipo, algunas oficinas liquidadoras intentan sancionar en casos en los que es evidente que existe una interpretación razonable de la norma, como ocurre en el supuesto de que esa interpretación haya sido defendida por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia (148). Ante actuaciones de este tipo, el ciudadano se encuentra totalmente desamparado. Como la Administración ofrece reducir la sanción si no se recurre (149), muchos obligados tributarios deciden pagarla porque, si la cuantía no es muy elevada, les sale más barato pagarla que contratar a un experto en la materia que recurra la sanción.

(146) Sobre el resto de los elementos del tipo del delito imprudente véase CEREZO MIR (1998: pp. 159 y ss.).

(147) El dolo es la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Al respecto véase CEREZO MIR (1998: pp. 123 y ss.).

(148) Este ejemplo lo extraigo de un caso real que estudié en un dictamen (OTRI: 2013/0443) que me encargaron un grupo de contribuyentes a los que la Administración intentó sancionar por realizar su declaración del impuesto de sucesiones de acuerdo con la interpretación del derecho de transmisión (artículo 387 del Código Foral de Aragón) que había mantenido un destacado sector de la doctrina y de la jurisprudencia. Con base en este dictamen, la Administración decidió estimar el recurso y, finalmente, no sancionó. Tan «razonable» era la postura que habían mantenido los contribuyentes que su recurso sobre el contenido de la declaración fue estimado primero por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón y después por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJA de 9 de mayo de 2018), obligando a la Administración a modificar el criterio que había mantenido (dictamen OTRI: 2013/0444).

(149) Sobre la reducción de la sanción si el sujeto renuncia a la impugnación de la liquidación (art. 188 LGT) véase PÉREZ ROYO/CARRASCO GONZÁLEZ (2019: pp. 466 y ss.).

Asimismo, no es admisible considerar el dolo como un elemento de graduación (agravante) de la sanción (150), puesto que cada clase de tipo (doloso o imprudente) tiene sus propios elementos (151).

Del mismo modo, no es correcto que las leyes administrativas admitan la responsabilidad solidaria y subsidiaria (152) cuando prevén sanciones administrativas, pues, como hemos señalado, la sanción administrativa es la consecuencia jurídica de un injusto personal (principio de personalidad de la sanción administrativa) (153).

Volviendo a los elementos del supuesto de hecho de la sanción, la conducta típica será antijurídica (154) salvo que concurra una causa de justificación (155).

En abstracto son aplicables en el ámbito del Derecho administrativo sancionador las causas de justificación (156) previstas en el art. 20 CP [la legítima

(150) Sobre esta postura legal y doctrinal véase GARCÍA GÓMEZ (2002: pp. 65 y ss.); NIETO GARCÍA (2012: p. 340-341). Señalan estos autores que, así como en el Código penal la regla es la exigencia de dolo, de tal manera que solo en supuestos excepcionales y tasados, pueden cometerse delitos por imprudencia (art. 12 CP), en el Derecho administrativo sancionador basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación de la sanción.

(151) Sobre la necesaria congruencia de la regulación jurídica con las estructuras lógico-objetivas véase GRACIA MARTÍN (2005: pp. 44 y ss.).

(152) Sobre la admisión de la responsabilidad solidaria y subsidiaria en el Derecho administrativo sancionador véase DE PALMA DEL TESO (pp. 712 y ss.).

(153) Por ejemplo, establecen la responsabilidad solidaria y subsidiaria en relación con las deudas tributarias los arts. 42 y 43 LGT. Al respecto véase PÉREZ ROYO/CARRASCO GONZÁLEZ (2019: pp. 190 y ss.).

Admite la responsabilidad solidaria y subsidiaria en el ámbito del Derecho sancionador, por ejemplo, PAREJO ALFONSO (2020: p. 995). Por el contrario, considera que la solidaridad en sentido estricto no tiene cabida en un Derecho administrativo basado en el principio de culpabilidad, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 200-203); HUERGO LORA (2007: p. 398), que señala que no son admisibles fórmulas de responsabilidad familiar o colectiva, siendo este el rasgo diferencial más claro de las sanciones frente a otra clase de actos administrativos desfavorables (2007: p. 379). En sentido similar, señala SILVA FORNÉ (2002: p. 186) que estos mecanismos deberían ser sustituidos por el juego de las reglas de la autoría y la participación.

En el Derecho alemán, el principio de personalidad de la infracción administrativa se reconoce expresamente en el § 14 OWiG.

(154) Véase Díez Ripollés (2011: pp. 1 y ss.).

(155) Como señala CEREZO MIR (1998: p. 97), si una conducta está comprendida en un tipo de lo injusto será antijurídica salvo que concurra una causa de justificación. Son causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad cuando el mal causado es menor que el que se trata de evitar y el cumplimiento de un deber. El consentimiento puede ser causa de exclusión del tipo o causa de justificación. Al respecto véase CEREZO MIR (1998: pp. 207 y ss.; 246 y ss.; 290 y ss.; 326 y ss.).

(156) Sobre la regulación de las causas de justificación en la OWiG véase MITSCH (2005: pp. 83 y ss.); KRENBERGER/ KRUMM (2018: p. 4).

defensa (157) —art. 20.4 CP—, el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales —art. 20 CP.— y el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho —art. 20.7 CP— (158)], aunque, en el caso concreto, alguna de ellas (así ocurre con la legítima defensa) (159) será de difícil aplicación (160) por no tener relación con la conducta descrita por la mayoría de las infracciones administrativas (161).

Respecto a la culpabilidad, es necesario, como ya hemos señalado, que, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador deje de ser identificarla con el dolo (162), otorgándole el contenido que corresponde a este elemento de la infracción administrativa (163).

La culpabilidad, como elemento del supuesto de hecho de la sanción, es, dice CEREZO MIR (164), la reprochabilidad personal de la conducta típica y antijurídica (165). Constituye un juicio de reproche al sujeto que presupone, a su vez

(157) Sobre la exigente de legítima defensa véase VIZUETA FERNÁNDEZ (2016: pp. 223 y ss.).

(158) Considera que las citadas causas de justificación son aplicables en el ámbito del Derecho administrativo sancionador BACIGALUPO ZAPATER (1991: pp. 63-64); REBOLLO PUIG (2010a: pp. 129-130); DE PALMA DEL TESO (2010: p. 697 y ss.).

(159) Por ejemplo, el estado de necesidad justificante se podría aplicar (si se dan todos sus requisitos) al sujeto que se salta un semáforo (sin poner en peligro la vida o integridad de las personas) porque acude al hospital a toda velocidad para salvarle a alguien la vida.

(160) También hace referencia a la escasa aplicación de la legítima defensa en el ámbito del Derecho administrativo sancionador MITSCH (2005: pp. 84-85).

(161) Sobre la aplicación de la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber en el Derecho administrativo sancionador véase DE PALMA DEL TESO (pp. 697 a 700); CANO CAMPOS (2014: pp. 194 y ss.).

(162) Al respecto véase *supra* este mismo apartado.

(163) En relación con la Ley de infracciones administrativas alemana señala MITCH (2005: pp. 14, 43 y ss. y 95) que el término utilizado por la OWiG para referirse a la culpabilidad (*Vorwerfbarkeit*) equivale al utilizado por el Derecho penal (*Schuld*) para referirse a este elemento de la infracción.

(164) CEREZO MIR (2001: p. 25).

(165) Esta es la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española y alemana, aunque existen considerables diferencias de opinión en torno a cuáles sean los elementos y el fundamento material de la culpabilidad. El concepto de culpabilidad como reprochabilidad personal de la conducta típica y antijurídica es un concepto formal, pues no indica cuál es el fundamento de la reprochabilidad. Así, por ejemplo, un sector de la doctrina penal española y alemana mantiene que su fundamento se halla en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo. Al respecto véase CEREZO MIR (2001: p. 25 y 50), que considera que la culpabilidad, en el aspecto material, consiste en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. En sentido similar, dice URRUELA MORA (2016: p. 259) que la fundamentación material de la culpabilidad entendida como juicio de reproche reside en la capacidad individual de obrar de manera diferente, es decir, en el denominado libre albedrío entendido como indeterminismo relativo (puesto que el hecho de que seamos capaces de actuar de

lo injusto, esto es que se ha verificado la realización dolosa o imprudente de un hecho típico y antijurídico. Se le reprocha al sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción u omisión típica y antijurídica (166)

Dado que se le reprocha al individuo la realización de la conducta típica y antijurídica (167), si el contenido de injusto es menos grave (168), también el reproche ético-social será menos grave (169). Sin embargo, el hecho de que el reproche por la realización de una infracción administrativa sea menos grave que por la realización de un delito no debe dar lugar a que se presuma la culpabilidad o se vacíe de contenido.

manera diferente en una situación concreta no quiere decir que seamos absolutamente libres para hacer cualquier cosa en cualquier situación, pues estamos condicionados por nuestras circunstancias personales, familiares, biológicas, etc.).

(166) Dice CEREZO MIR (2001: p. 42) que la culpabilidad es culpabilidad de la voluntad.

(167) Como señala CEREZO MIR (2001: p. 45), el objeto del reproche de la culpabilidad es la realización de una acción u omisión típica y antijurídica.

(168) Como veremos *infra* en el apartado IV.1, lo injusto es una magnitud graduable.

(169) En mi opinión, las infracciones administrativas no son, como afirmó GOLDSCHMIDT (en su intento de delimitar desde un punto de vista cualitativo la infracción administrativa del delito), actos de desobediencia éticamente neutrales —sobre la tesis del citado autor véase ROXIN/GRECO (2020: p. 65) y CEREZO MIR (2004: p. 51)—. En la doctrina alemana actual mantienen que en la infracción administrativa falta el reproche ético-social BLUM/AKAY (2020: p. 77); ROGALL (2018: p. 75). Asimismo, en la doctrina administrativa española considera que la idea de reproche es ajena al Derecho administrativo sancionador DE PALMA DEL TESO (2010: p. 694, 705), que señala la sanción administrativa, al contrario de la pena, no está dirigida a ejercer sobre la personalidad del autor del ilícito una influencia ético-social.

Por el contrario, consideran que las infracciones administrativas no son comportamientos éticamente neutrales CEREZO MIR (1975: pp. 165-166 y 167), que pone de manifiesto que la sanción administrativa es también expresión de un juicio desvalorativo ético-social; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 78-79; MITSCH (2005: p. 17 nm.10), que considera que la culpabilidad como elemento de la infracción administrativa difiere de la culpabilidad como elemento del delito solo cuantitativamente. Las infracciones administrativas —dice el citado autor— tienen un menor grado de reprochabilidad. También hacen referencia al menor peso socio-ético de la infracción administrativa KRENBERGER/KRUMM (2018: p. 2).

En la doctrina administrativa hace referencia también a la menor gravedad del reproche de la infracción administrativa HUERGO LORA (2007: pp. 106 nota 138, pp. 162-163), que señala que el acusado percibe como un triunfo una decisión judicial que declare la inexistencia de responsabilidad penal, aunque admita la posible comisión de infracciones administrativas cuya depuración queda remitida a eventuales expedientes. Una condena penal constituye un lastre prácticamente definitivo en una carrera política o empresarial; no así una sanción administrativa, que en muchos casos se ve como una simple penalización, un accidente. La mayor gravedad (con un auténtico salto cualitativo) de ese reproche cuando se trata de sanciones penales se acredita por el hecho de que cuando el Estado quiere atacar a fondo una determinada conducta, aplicando frente a ella un criterio de «tolerancia cero», acude inmediatamente al Código penal en lugar de contentarse con las sanciones administrativas. Los ejemplos de la lucha contra los accidentes de tráfico (tipificación penal de la conducción bajo los efectos del alcohol e incluso de los excesos de velocidad), contra el fraude tributario y contra la contaminación son bien elocuentes.

Una vez definida la culpabilidad como el reproche personal por la acción típica y antijurídica, fundado en la capacidad de obrar de otro modo del sujeto actuante en la situación concreta en la que realizó el hecho, procede analizar la configuración de dicha categoría dogmática a partir del estudio de sus elementos integrantes. En primer lugar, la consideración de una conducta como culpable exige, como presupuesto de la culpabilidad, la comprobación de la imputabilidad del sujeto en el momento de la realización del hecho. La imputabilidad, también denominada capacidad de culpabilidad, consiste en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar en virtud de dicha comprensión. Por lo tanto, en la argumentación que debe acompañar a toda imposición de una infracción administrativa, debe constatarse este extremo, puesto que la imputabilidad es requisito imprescindible para afirmar la culpabilidad del sujeto.

Dicha capacidad falta en los denominados inimputables: supuestos de anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 CP), intoxicación plena por el consumo de sustancias o actuación bajo la influencia de un síndrome de abstinencia (art. 20.2 CP) (170) o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (art. 20.3 CP), así como en supuestos de minoría de edad.

Pues bien, en mi opinión, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador pueden aplicarse, si se dan sus requisitos, las eximentes que excluyen la imputabilidad (171).

En relación con los menores de edad, el Código penal considera que son inimputables los menores de 14 años (172). Sin embargo, las leyes administrativas no se suelen pronunciar sobre este extremo (173). Por ello, a falta de concreción, podría aplicarse el mismo límite que rige en el Código penal (174).

(170) Sobre la regulación de la eximente de intoxicación plena en la OWiG véase MITSCH (2005: p. 13).

(171) Sobre la aplicación de estas eximentes en el Derecho administrativo sancionador véase DE PALMA DEL TESO (2010: pp. 693 a 695); GARCÍA GÓMEZ (2002: pp. 122 y ss.).

(172) La Ley Orgánica 5/ 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se aplica para exigir responsabilidad penal a las personas mayores de 14 años y menores de 18, por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

La OWiG establece el límite mínimo de imputabilidad en los 14 años (§12).

(173) Se pronuncia sobre este extremo el art. 6.3 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco que señala que, a falta de regulación de la capacidad de obrar de los menores, no serán responsables los menores de 14 años.

(174) Sobre los problemas que plantea la responsabilidad de los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador véase ÁLVAREZ FERNÁNDEZ (2018: pp. 257-306); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 471 y ss.); DE PALMA DEL TESO (2010: p. 693); CANO CAMPOS (2014: pp. 212 y ss.).

Por otra parte, la reprochabilidad se encuentra integrada por dos elementos: el intelectual y el volitivo (175). El elemento intelectual se encuentra indisolublemente asociado al conocimiento o cognoscibilidad actual o posible de la antijuridicidad de la conducta, faltando el mismo en el supuesto de concurrencia de un error de prohibición invencible (art. 14.3, primer inciso CP), que también podría aplicarse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador (176). Asimismo, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador debería aplicarse una sanción menos grave en los supuestos de error de prohibición vencible (177).

Por otra parte, el elemento volitivo de la reprochabilidad se vincula a la exigibilidad de obediencia al Derecho en la situación concreta, encontrando su fundamentación en el hecho de que, bajo determinadas circunstancias, no le es exigible al individuo actuante un comportamiento acorde con la norma. En el art. 20 CP se regulan, según la opinión mayoritaria (178), como causas de inexigibilidad de obediencia al Derecho y, por tanto, de exclusión del denominado elemento volitivo, el estado de necesidad exculpante —cuando el mal causado es igual que el que se trata de evitar (art. 20.5 CP)— y el miedo insuperable (179) (art. 20.6 CP) (180). En mi opinión, ambas causas de inexigibilidad podrían aplicarse en el ámbito del Derecho administrativo

(175) Al respecto véase CEREZO MIR (2001: pp. 116 y ss. y 136 y ss.); RUEDA MARTÍN/URRUELA MORA (2016: p. 289 y ss.).

(176) Sobre la aplicación del error de prohibición en el Derecho administrativo sancionador véase BACIGALUPO ZAPATER (1991: p. 64); y GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 487 y ss.); DE PALMA DEL TESO (2010: pp. 685 y ss.); CANO CAMPOS (2014: pp. 216 y ss.).

Sobre la regulación del error de prohibición en la OWIG (§ 11.2) véase MITSCH (2005: pp. 100 y ss.).

Según una parte de la doctrina penalista, a la que me adhiero, al error sobre los presupuestos que sirven de base a una causa de justificación es equiparable al error de prohibición. Sobre la aplicación de este error en el Derecho administrativo sancionador español véase CANO CAMPOS (2014: pp. 207-208) y en relación con el Derecho administrativo alemán véase MITSCH (2005: p. 101).

(177) En el ámbito de Derecho penal, el error de prohibición invencible excluye la responsabilidad penal (art. 14.3 primer inciso CP), mientras que el error de prohibición vencible da lugar a una disminución de la pena en uno o dos grados (art. 14.3 segundo inciso CP).

(178) Al respecto véase URRUELA MORA (2016: pp. 289-290).

(179) Sobre la aplicación del miedo insuperable por los tribunales en el Derecho administrativo sancionador véase DE PALMA DEL TESO (2010: p. 695).

(180) Según una parte de la doctrina penal, también es una causa de inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma el encubrimiento de parientes que se regula en el art. 454 CP (otro sector doctrinal considera que es una causa de justificación y otro sector doctrinal y la jurisprudencia ampliamente mayoritaria mantienen que es una excusa absolutoria), que solo sería aplicable si en el ámbito del Derecho administrador sancionador se tipificara el encubrimiento como infracción administrativa.

sancionador (181), si se dan sus requisitos, de acuerdo con la concreta configuración de la infracción administrativa.

Del mismo modo, considero que para delimitar la medida de lo injusto y de la culpabilidad en las aplicación de las sanciones administrativa debería tenerse en cuenta la concurrencia de atenuantes o agravantes, pudiendo aplicarse las que figuran en el Código penal (182) que tengan relación con la conducta descrita por la infracción administrativa (183).

Por último, hay que señalar que en el ámbito sancionador es aplicable la teoría de los concursos (184), ampliamente desarrollada en el ámbito del Derecho penal (185).

(181) Consideran que en el Derecho administrativo sancionador pueden aplicarse las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad BACIGALUPO ZAPATER (1991: pp. 63-64); SILVA FORNÉ (2002: p. 190); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 471 y ss. 477 y ss.); CANO CAMPOS (2014: pp. 214-215).

En este sentido se ha expresado también el art. 6 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que señala lo siguiente: «Causas de exención de la responsabilidad. 1. En materia de exención de responsabilidad, sin perjuicio de las causas específicas que se establezcan en las normas sancionadoras, se aplicarán los supuestos previstos en el Código Penal, siempre que sean compatibles con la naturaleza y finalidad de la infracción concreta y de la regulación material sectorial de que se trate, y, en su caso, con las matizaciones que se determinen en ella. 2. El error sobre un elemento del tipo o sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción solamente eximirá de responsabilidad si fuera invencible. El error vencible únicamente tendrá efecto atenuante si supone disminución del grado de imprudencia. Si el dolo es elemento integrante del tipo infractor aplicado, el error vencible también eximirá de responsabilidad. El error sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación si es invencible. Si fuese vencible podrá tener efecto atenuante respecto del tramo de sanción que se relacione con la apreciación de la circunstancia agravante. 3. Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de 14 años».

Por el contrario, DE PALMA DEL TESO (2010: p. 696) considera que solo son aplicables de forma general al Derecho sancionador las causas de exclusión de la antijuridicidad, por entender que son las únicas compatibles con el concepto de culpabilidad acogido en el ámbito punitivo, que se circunscribe a la exigencia de dolo o culpa como elemento subjetivo de la infracción.

(182) La atenuantes y agravantes se regulan en los arts. 21 a 23 CP. Especial consideración desde el punto de vista de la disminución de la pena tienen las eximentes incompletas (art. 21.1 CP) puesto que su aplicación da lugar a una disminución de la pena en uno o dos grados (art. 68 CP). La medición de la pena en el caso de la aplicación del resto de las circunstancias agravantes y atenuantes está prevista en el art. 66 CP.

(183) En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER (1991: pp. 64-65); SILVA FORNÉ (2002: p. 190).

(184) En el mismo sentido, SILVA FORNÉ (2002: p. 190); NIETO GARCÍA (2012: pp. 475 y ss.); REBOLLO PUIG (2010b: p. 333).

(185) Sobre la teoría del concurso de leyes y de delitos véase SANZ MORÁN (1986: pp. 1 y ss.); ESCUCHURI AISA (2004: pp. 203 y ss.); así como la bibliografía citada por estos autores.

Como ha puesto de relieve la doctrina administrativa (186) y penal (187), sería deseable que en nuestro país se publicara una ley estatal que regulara el régimen jurídico aplicable a las sanciones administrativas, que cumpliera una función similar a la que tiene la Parte General del Código Penal, y que se previera un procedimiento común a todas ellas (188).

(186) En este sentido, véase, por ejemplo, EZQUERRA HUERVA (2010: p. 966), que señala que a ningún operador jurídico que se acerque al Derecho administrativo sancionador le pasa desapercibido el hecho de que la regulación de tan gravosa potestad de la Administración se ha caracterizado en todo momento por su precariedad, tanto en los aspectos sustantivos como en los extremos formales o procedimentales. En concreto, y en apretada síntesis, puede afirmarse que las deficiencias que aquejan al indicado régimen sancionador son fundamentalmente dos. Por un lado, la ausencia de un procedimiento administrativo sancionador general, de aplicación a cualesquiera sectores materiales. Y, por otra parte, la regulación de la potestad sancionadora siempre ha adolecido de carecer de una regulación general de referencia sobre los aspectos sustantivos del ejercicio de la misma. Del mismo modo, considera HUERGO LORA (2007: pp. 15 y 129 y ss.) que una de las características más llamativas del Derecho administrativo sancionador en España es la falta, casi completa, de normas legales que lo regulen con alcance general. Existen, prácticamente, desde siempre, normas que tipifican infracciones y sanciones, pero no hay una regulación de la potestad sancionadora como tal, que cumpla la misma función que la Parte general del Código penal o de las leyes alemana (OWiG) o italiana sobre la potestad sancionadora. La dispersión del Derecho sancionador y la ausencia de una ley que regule la potestad sancionadora de la Administración con carácter general contribuye a acrecentar los problemas que en España plantea el Derecho administrativo sancionador. En el mismo sentido, señala LOZANO CUTANDA (2010: p. 14) que este poder sancionador tan formidable apenas se ve embriado por una serie de principios mínimos de carácter general y básico y que especialmente grave resulta la falta de regulación de un procedimiento administrativo sancionador común o general, de obligado cumplimiento por todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades sectoriales u organizativas a que hubiere lugar. También alude a la necesidad de una ley general sobre la potestad sancionadora SUAY RINCÓN (1986: p. 186 y ss.); CANO CAMPOS (2014: pp. 82 y ss.)

La doctrina administrativa pone como ejemplo de la dirección a seguir la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Al respecto véase, por ejemplo, EZQUERRA HUERVA (2010: p. 973 y ss.); DE PALMA DEL TESO: 2010, p. 686; HUERGO LORA (2007: p. 130 nota 184); LOZANO CUTANDA (2010: p. 15).

(187) En este sentido, QUINTERO OLIVARES (1991: p. 262 y 263; 1996: pp. 52 y ss.), que considera que el Derecho administrativo sancionador carece de normas en las que asentar la aplicabilidad de esos principios penalistas que se quiere incorporar y reclama una ley reguladora de la potestad sancionadora que cumpliera la función que en el Derecho penal desempeña la Parte General.

(188) La doctrina administrativa se ha ocupado de poner de relieve los problemas jurídicos que plantean los procedimientos que se prevén en los distintos sectores del Derecho administrativo sancionador. Así, por ejemplo, en relación con el procedimiento sancionador en el orden social véase MOREU CARBONELL (1999: pp. 367 y ss.).

IV. TOMA DE POSTURA ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL

1. Lo injusto como magnitud graduable

Si se parte, como aquí se ha hecho, de que tanto la pena como la sanción administrativa son manifestaciones del poder punitivo del Estado, lo primero que hay que plantearse es qué es lo que justifica que otorgar esta potestad punitiva a la Administración y no a los Tribunales no lesione el principio de división de poderes (189).

El principio de *ultima ratio* y de subsidiaridad del Derecho penal (190) adquiere pleno significado en relación con el castigo con la pena de prisión de las formas más graves de agresión a los bienes jurídicos más importantes (la vida, la integridad física o la libertad en todas sus manifestaciones) (191) pero, como ha señalado un sector doctrinal (192), no resuelve por qué la imposición

(189) En el mismo sentido, señalan GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 73-74) que la potestad sancionadora de la Administración no deja de constituir un cuerpo extraño en un sistema caracterizado por la división de poderes. Son significativas al respecto las palabras del Tribunal Constitucional español en su STC 199/1996, donde se lee que «en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente». En el mismo sentido ya se había manifestado la STC 77/1983, también citada por CANO CAMPOS (2014: p. 45). Esta última sentencia alude a la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con los ilícitos de menor gravedad y de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

(190) Sobre este principio señalan ROXIN/GRECO (2020: p. 27) que, dado que la ley penal restringe la libertad de acción del individuo, no se puede prohibir más de lo necesario para lograr la convivencia pacífica y libre.

(191) Como ha señalado GRECO (2018: p. 181), al principio de subsidiariedad, *ultima ratio* o proporcionalidad acuden los autores que defienden que entre el Derecho penal y el administrativo sancionador solo existen diferencias cuantitativas. Así, por ejemplo, hacen referencia a este principio HUERGO LORA (2007: p. 148); SILVA FORNÉ (2002: p. 182).

(192) Al respecto, señala REBOLLO PUIG (2010b: pp. 328 a 330) que a la doctrina penal (también esta tesis —dice el citado autor (2010: p. 330)— ha sido asumida en el Derecho administrativo por HUERGO LORA) le preocupa imponer límites al poder legislativo para prevenir penas porque parte de que las penas han de tener siempre un contenido muy aflictivo, como si todas fuesen de privación de libertad, pero resulta que el Derecho penal contempla otras muchas penas mucho más suaves, incluidas las multas de escasa cuantía. Por ello, en su opinión, una vez que el legislador decide que un tipo de conducta debe ser castigado, no hace falta ninguna justificación para que atribuya la competencia a los jueces. La regla general en un Estado de Derecho es, conforme a la división de poderes y a la función que reserva a los jueces, que los castigos se impongan por estos. Por tanto, frente a lo que dicen los penalistas, no hay nada malo, sino todo lo contrario, en que el legislador tipifique como infracción penal aquellas conductas que, aunque no le parezcan muy graves, sí considere oportuno castigar,

de sanciones leves corresponde a la Administración y no a los Tribunales. Lo que lesionaría el principio de intervención mínima sería castigar con una pena que tuviera un intenso contenido afflictivo un injusto que no tuviera una gravedad correlativa, pero no que las sanciones que corresponden a conductas con un contenido de injusto menos grave, pudieran ser impuestas por los Tribunales, mediante un procedimiento más ágil y eficaz para proteger determinados bienes jurídicos y con un contenido menos afflictivo que el utilizado para imponer las penas más gravosas.

La mayoría de la doctrina (193) justifica el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración aludiendo a la creciente intervención administrativa en numerosos sectores y a la incapacidad del poder judicial frente a la contravención de la infinidad de normas en que se traduce dicha intervención, mientras que algunos autores (194) han negado que este sea un motivo relevante.

En mi opinión, se trata, fundamentalmente, de razones históricas (195), en cuyo contexto se genera la confusión que tradicionalmente ha existido entre

aunque sea levemente. Así las cosas, lo que en su caso necesita justificación es que se atribuya la competencia punitiva a la Administración. Puesto que es una posibilidad que se desvía del modelo ideal del Estado de Derecho y reduce las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, es esta posibilidad a la que hay que poner límites. Pero es justamente a este respecto de poner límites al legislador para optar por las sanciones administrativas donde nuestro Derecho, al menos por ahora, se muestra muy débil. A esta opinión se adhiere CANO CAMPOS (2014: pp. 57 a 59).

(193) Al respecto véase CANO CAMPOS (2014: pp. 44-45).

(194) Señala REBOLLO PUIG (2010b: p. 331) que no puede convertirse en criterio definitivamente relevante el de la conveniencia de no recargar la acción de la Administración de Justicia por su falta de medios. Si un Estado de Derecho decide que ciertos comportamientos deben ser punibles lo que debe hacer es tener una Justicia con los medios necesarios para cumplir esa función; máxime si se tiene en cuenta que no se trata de ahorrar dinero público sino de gastarlo, en vez de en órganos judiciales penales, en órganos administrativos.

(195) También alude a razones de tipo histórico CANO CAMPOS (2014: p. 44).

Una amplia explicación sobre estas razones históricas puede verse en GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 186-187). Señalan los citados autores que esta dualidad de sistemas represivos surgió como consecuencia del mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho penal legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium*) desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa. Las monarquías del XIX, aun las más alejadas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios. En las monarquías centroeuropeas durante todo el siglo XIX hasta bien entrado el XX, se mantuvo así un «Derecho Penal de Policía», que una dogmática jurídica se esforzó en justificar y teorizar (OTTO MAYER). Lo mismo ocurrió en el siglo XIX español. El sistema represivo tradicional se mantuvo hasta el Código penal de 1848. Pero el desplazamiento total de los viejos poderes de policía de la Administración no llegó, en realidad a producirse, perpetuándose hasta que la Constitución

las sanciones en sentido estricto y otras medidas coercitivas impuestas por la Administración.

El indiscutible ámbito de reserva del castigo de algunas conductas al Derecho penal ha dado lugar a que algunos autores hayan afirmado que en este ámbito existen diferencias cualitativas (196). Sin embargo, cuando se seleccionan los bienes jurídicos más importantes y las formas más graves de agresión a estos bienes jurídicos, se sigue un criterio cuantitativo que deriva de que lo injusto es una magnitud «graduable» (197). Se trata de una graduación de lo injusto que el legislador debe realizar no solo para distinguir el ámbito penal del ámbito del Derecho administrativo sancionador sino también dentro de cada uno de estos ámbitos (así, por ejemplo, el Código penal distingue entre delitos graves, menos graves y leves —arts.13 y 33 CP— e introduce circunstancias agravantes y atenuantes que se basan en una mayor o menor gravedad de lo injusto y de la culpabilidad —arts. 21 a 23 CP—).

En mi opinión, cuando se plantea la cuestión relativa a si entre el Derecho penal y el administrativo sancionador existen diferencias cualitativas o cuantitativas, se confunde la delimitación de lo injusto con su graduación y se identifica la «cualidad» del Derecho penal con la «cualidad» de la pena de prisión.

Como hemos visto, la infracción administrativa y la penal tienen el mismo contenido de injusto «personal» (las dos consisten en la realización de una conducta típica y antijurídica que se le reprocha al mismo individuo que la

de 1978 mantuvo esa potestad administrativa de sancionar en el art. 25 (dándole por primera vez rango constitucional). Es el legislador el que realiza esa distribución entre sanciones penales y administrativas, con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas (por ejemplo, el delito fiscal respecto de la infracción administrativa del mismo carácter), otras, la mayor parte de las veces, por razones de expeditividad ante una justicia penal bloqueada por la acumulación de asuntos, el procedimentalismo y la falta de articulación efectiva de la Administración con las Fiscalías. A la herencia histórica se suman los procesos de «despenalización», generalizados en países de nuestro entorno, que han trasladado desde los jueces penales a la Administración la represión de los llamados «delitos de bagatela», la influencia del sistema de Derecho Comunitario (influenciado por las prácticas restrictivas de la competencia, de actividades financieras y del mercado de valores) y la multiplicación de centros políticos con poder sancionador. Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica han fracasado. Solo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías.

(196) Como hemos visto, esta es la opinión de los defensores de la teoría mixta cualitativa-cuantitativa. Al respecto véase *supra* el apartado I.

(197) Señala CEREZO MIR (1975: p. 164) que desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo y que la mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que to injusto es puramente formal.

ha realizado) pero se diferencian en la graduación de este injusto. Por ello, desde este punto de vista puede afirmarse que entre ambas no hay diferencias cualitativas (198) [como sí existen entre la responsabilidad sancionadora y la responsabilidad «patrimonial» y «social» (199)]. Sin embargo, esa menor gravedad de la infracción administrativa (200) justifica que existan diferencias en relación con algunas garantías procedimentales que deben observarse para su imposición (201).

Es la relación lógica que ha de existir entre la consecuencia jurídica (la pena y la sanción administrativa) y su supuesto de hecho (respectivamente, el delito y la infracción administrativa) (202) la que exige que solo se pueda

(198) En el mismo sentido, CEREZO MIR (1975: pp. 159 y ss.; 2004: p. 54); GÓMEZ TOMILLO (2013: p. 94); SILVA FORNÉ (2002: p. 180); ALASTUEY DOBÓN/ ESCUCHURI AISA (2011, p. 12), que, partiendo de que la finalidad del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador es en esencia la misma (la protección de bienes jurídicos), consideran que no es cierto que los ilícitos administrativos tengan un carácter meramente formal o de desobediencia o que su cometido se agote en la gestión de problemas sociales.

(199) Sobre la distinción entre la responsabilidad personal, patrimonial y social véase *supra* el apartado II.2.

(200) HUERGO LORA (2007: pp. 130-131, 166 nota 248, 169) destaca la relevancia de la distinta gravedad de la pena y la sanción administrativa para legitimar la potestad sancionadora de la Administración y señala (2007: pp. 16, 17, 49) que la menor gravedad de las sanciones administrativas en comparación con las penales supone el fundamento de la delimitación de los dos instrumentos sancionadores, poniendo de manifiesto que otros criterios de distinción, como el relativo al carácter administrativo de la materia en que se produce la infracción o los que se apoyan en la distinción entre riesgo o lesión, no se adaptan a las características de los Estados actuales y no vinculan al legislador. Señala el citado autor (2007: p. 166 y nota 248) que en el Derecho alemán la menor gravedad de las sanciones administrativas frente a las penas no es un simple dato de la experiencia, sometido a los cambios del legislador, sino que, en opinión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, constituye la justificación de que, en las sanciones administrativas, a diferencia de lo que ocurre en las penales, la intervención judicial sea posterior a la imposición de la sanción y no anterior. Esta idea se encuentra en el núcleo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la potestad sancionadora. El TC (*BVerfGE*), en su decisión de 6 de junio de 1967, utiliza el argumento de la menor gravedad de la sanción administrativa para justificar constitucionalmente que la infracción administrativa la imponga un órgano administrativo y no un Tribunal. Sin embargo, posteriormente afirma (2007: p. 360) que no comparte la unidad «ontológica» entre las sanciones penales y las administrativas y dice que acepta que entre ambas exista un escalón de intensidad, un salto cualitativo, por lo que parece que acepta la tesis mixta cuantitativa-cualitativa.

(201) Al respecto véase *infra* el apartado IV. 2.

(202) Al respecto, señala GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 61 y ss.) que esa relación axiológica material en que la proposición jurídica hipotética dispone al supuesto de hecho y a su correspondiente consecuencia jurídica exige una congruencia necesaria del uno con la otra en el deber ser. Si las proposiciones jurídicas —dice ENGISCH— son proposiciones hipotéticas de deber ser, entonces el supuesto de hecho de toda proposición tiene que comprender *todas* —pero *solo* y *exclusivamente*— las circunstancias que determinan la aplicación de su

prever la pena de prisión (que, sin duda, es cualitativamente diferente a otras penas (203)) y que sea impuesta en un procedimiento penal cuando la infracción sea muy grave (204).

Para que la potestad punitiva que ejerce la Administración, como excepción al principio de división de poderes, sea legítima es necesario que quienes la ejercen no olviden la naturaleza «punitiva» de la sanción, lo que exige aplicar el régimen jurídico que corresponde a una medida sancionadora. Se trata de un régimen jurídico distinto al que corresponde a otras medidas coercitivas de las que el Estado dispone para el cumplimiento de sus fines, lo

consecuencia jurídica correspondiente, y esta tiene que incluir todo aquello que determina el «contenido» del deber ser, de tal modo que su aplicación suponga siempre una actualización de este en cada situación concreta. Toda consecuencia jurídica tiene la *finalidad* última de imponer el deber ser jurídico; entre el «supuesto de hecho» y la «consecuencia jurídica» de toda proposición jurídica debe existir siempre una exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional en el sentido de que el primero tiene que comprender *todos* los elementos que *fundamentan* y gradúan la consecuencia jurídica, en cuanto circunstancias determinantes —positiva o negativamente— *del deber ser*, mientras que la consecuencia jurídica tiene que comprender el «contenido» del deber ser, porque con la aplicación efectiva de toda consecuencia jurídica se tiene que actualizar siempre el deber ser.

(203) Considera que el problema de la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador ha de resolverse fijándonos en la pena y no en la infracción, GRECO (2018: pp.182 y ss., 193 y ss.). En su opinión, es incorrecta la premisa (basada en la teoría de la retribución) que parte de que primero debe determinarse el delito y luego la consecuencia jurídica. Desde su teoría de la pena (considera que la pena es una privación de un derecho innato (la libertad de movimiento) —los derechos innatos son aquellos, como la vida, la integridad física y la libertad que derivan de la condición de ser humano, que se diferencian de los adquiridos, cuyo paradigma es la propiedad—) afirma que para el injusto penal solo hay lugar cuando se esté preparado sin vacilar para enviar a un individuo a prisión (2015: pp. 515 y ss.; 2018: pp. 201 y 205-206). Al respecto véase también ROXIN/GRECO (2020: p. 21, nm. 1a), que señalan que antes de poder responder a la pregunta sobre qué conductas han de ser castigadas con una pena, debe quedar claro qué consecuencia jurídica se va a vincular a esa conducta. Citando a SCHÜNEMANN, ponen de relieve que el principio de Arquímedes del Derecho penal es la consecuencia jurídica, cuyos rasgos esenciales deben determinarse en primer lugar.

También considera que hay que tener en cuenta la gravedad de la sanción que se va a imponer para delimitar el ámbito del Derecho penal del ámbito del Derecho administrativo, SILVA FORNÉ (2002: pp. 182-183), que considera que es la pena privativa de libertad la que marca una diferencia cuantitativa sustancial respecto a las sanciones administrativas.

Sobre esta cuestión dice REBOLLO PUIG (2010b: p. 324) que, aunque solo se tratara de diferencias cuantitativas (mayor gravedad de las penas que las sanciones) pueden ser tales que, aunque parezca paradójico, se convierten en cualitativas. Decir lo contrario y mantener, por ejemplo, que es jurídicamente lo mismo una multa de escasa cuantía y una pena de prisión de veinte años sería un formalismo ridículo.

(204) La pena de multa y las privativas de derechos se prevén como consecuencias jurídicas tanto de las infracciones penales como de las infracciones administrativas. Sobre las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho administrativo sancionador véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 218 y ss.).

que no quiere decir que respecto a estas otras medidas no deban delimitarse también sus principios y garantías (205).

El legislador (206) debería utilizar el término sanción en sentido estricto y expresar claramente el criterio de gravedad utilizado para distinguir la infracción penal de la administrativa (207), mientras que la dogmática jurídica y la jurisprudencia deben aportar criterios que ayuden al legislador a realizar esta tarea o a interpretar la ley en los supuestos en los que la realice de una manera defectuosa (208).

Al respecto, son pocas las indicaciones que se contienen en la Constitución, que únicamente señala que la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE), aunque, como hemos visto, se trata de un criterio con un significado esencial, puesto que deja constancia del ámbito reservado a la imposición de la pena más gravosa para el ciudadano, que corresponde en exclusiva al Derecho penal.

De esta declaración se extrae que la protección de los bienes jurídicos individuales más importantes (por ejemplo, la vida, la integridad física y la salud o la libertad en todas sus manifestaciones) solo puede estar encomendada al Derecho penal, pero ninguna indicación existe acerca de cuáles deban ser los criterios de graduación en el amplio campo en el que la protección del mismo bien jurídico se encomienda a ambas agencias punitivas (209). Así ocurre en los supuestos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos (210), cuya protección, en el marco del Estado social y democrático

(205) Al respecto véase *infra* el apartado V.

(206) Sobre la discrecionalidad que tiene el legislador para sancionar una infracción como administrativa o penal véase SILVA FORNÉ (2002: pp. 181 y 183); ROXIN/GRECO (2020: p. 83); HEFENDEHL (2016: p. 641); REBOLLO PUIG (2010: pp. 327-328).

(207) La OWiG establece una definición formal de la infracción administrativa, atendiendo a la consecuencia jurídica con la que se sanciona. Las infracciones administrativas se sancionan con «multas administrativas» (*Geldbuße*) y los delitos con «multas penales» (*Geldstrafe*). Al respecto véase MITCH (2005: p. 14); ROGALL (2018: p. 73).

(208) Como señala GRECO (2018: pp. 180-181), la selección de conductas que realiza el legislador no debe ser ajena a la crítica que debe realizar la Ciencia del Derecho. En sentido similar, REBOLLO PUIG (2010: p. 331) apela al esfuerzo doctrinal que suministre las ideas clave al legislador y a la jurisprudencia constitucional.

(209) En opinión del Tribunal Constitucional alemán, solo la menor gravedad de las sanciones administrativas en comparación con las penales permite justificar la potestad sancionadora de la Administración, que no lleva a la imposición de auténticas penas sino de sanciones de segundo orden. Sobre esta postura véase HUERGO LORA (2007: pp. 80-81).

(210) Sobre la discusión de la doctrina penal acerca de la legitimación de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Derecho penal véase ROXIN/ GRECO (2020: p. 27); GRACIA MARTÍN (2003: pp. 127 y ss.); MAYO CALDERÓN (2005: pp. 35 y ss.).

de Derecho, corresponde tanto al Derecho penal como al Derecho administrativo sancionador (211).

Para delimitar las conductas que deben ser castigadas por el Derecho penal de aquellas otras que solo merecen ser castigadas por el Derecho administrativo, el legislador utiliza diferentes criterios (212). En ocasiones emplea criterios objetivos mientras que en otras utiliza criterios que introducen un componente valorativo, cuya concreción corresponde al intérprete. Así, por ejemplo, en relación con la protección del bien jurídico colectivo «funciones del tributo» (213) el legislador acude a una cuantía económica (214). Asimismo, en relación con algunas conductas que lesionan el bien jurídico «seguridad del tráfico», el legislador hace referencia a un determinado índice de velocidad o tasa de alcohol (215). Por el contrario, introduce criterios con un componente valorativo, cuya concreción corresponde al intérprete, por ejemplo, en relación con la protección del bien jurídico «medio ambiente» (216)

(211) Al respecto véase GRACIA MARTÍN (2003: pp. 155 y ss.); MAYO CALDERÓN (2005: pp. 64 y ss.).

(212) Sobre los criterios de distinción véase RANDO CASERMEIRO (2001: pp. 505 y ss.), que señala que se elaboran atendiendo a la existencia de un mayor desvalor de la acción o del resultado. En relación con el Derecho alemán véase MITSCH (2005: pp. 47 y ss.); KRENBARGER/ KRUMM (2018: p. 5).

(213) Sobre el bien jurídico «funciones del tributo» véase GRACIA MARTÍN (1990: pp. 72 y ss.).

(214) El primer párrafo del art. 305.1 CP señala lo siguiente: «El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados *exceda de ciento veinte mil euros* será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al triple del séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regulado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

Acerca del criterio que permite diferenciar la infracción administrativa del delito véase ALASTUEY DOBÓN (2004: pp. 15 y ss.); MOREU CARBONELL (1995: pp. 385 y ss.); SUAY RINCÓN (2008: pp. 2105 y ss.).

(215) Estos criterios objetivos se recogen en los delitos tipificados en los arts. 379.1 (delito de conducción a velocidad excesiva) y 379.2, inciso segundo CP (delito de conducción bajo altas tasas de alcohol). Sobre la delimitación entre estos delitos y las correspondientes infracciones administrativas véase ALASTUEY DOBÓN/ ESCUCHURI AISA (2011: pp. 18-19 y 25-26).

(216) El art. 325 CP utiliza criterios de este tipo tanto para delimitar el tipo básico como el tipo agravado del apartado segundo. El apartado 1 (tipo básico) señala lo siguiente: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes y otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el

o respecto a determinadas conductas que lesionan el bien jurídico «seguridad del tráfico» (217).

Sin embargo, en ocasiones el criterio de distinción entre la pena y la sanción administrativa no está claramente delimitado por el legislador, lo que determinada, en mi opinión, que en estos supuestos el ejercicio del poder punitivo por ambas agencias punitivas no sea legítimo (218).

Por otra parte, para que el ejercicio del poder punitivo por la Administración sea legítimo es necesario que las sanciones administrativas sean adecuadas a la gravedad de la conducta, lo que no se cumple cuando se incorporan criterios indemnizatorios, recaudatorios o de privación de ganancias ilícitas propios de otras medidas coercitivas, que, en ocasiones, elevan de una manera desproporcionada la sanción (219). Para cubrir estas funciones han de aplicarse otras consecuencias jurídicas, compatibles con la sanción si su naturaleza jurídica es diferente (220).

suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos, o conjuntamente con otros, cause o pueda causar *daños sustanciales* a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas». Por su parte, el apartado segundo (tipo agravado) dice: «Si las anteriores conductas, por sí mismas o conjuntamente con otras, *pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*, se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años».

Sobre el criterio de delimitación entre el delito y la infracción administrativa véase ALASTUEY DOBÓN (2004: pp. 1 y ss.); MOREU CARBONELL (1995: pp. 385 y ss.); SUAY RINCÓN (2008: pp. 2105 y ss.).

(217) Así, por ejemplo, el delito tipificado en el art. 379.2 CP (delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas), en el que se requiere, además de la prueba de la ingesta de alcohol o drogas, su influencia en la conducción. Sobre el citado criterio véase ALASTUEY DOBÓN/ ESCUCHURI AISA (2011: pp. 20 y ss.).

(218) Así, por ejemplo, FUENTES OSORIO (2016: pp. 561 y ss. y 595) constata que no todos los tipos que se ubican dentro del denominado Derecho penal laboral (arts. 311 a 318 CP) establecen un criterio para deslindar el ámbito penal del administrativo-laboral.

(219) Hace referencia al componente relativo a la privación de ganancias ilícitas que tienen algunas elevadas sanciones administrativas SILVA FORNÉ (2002: p. 189).

(220) Como señala GRACIA MARTÍN (2019: p. 1405), unas mismas circunstancias fácticas de un supuesto de hecho previsto en un determinado sector del ordenamiento jurídico pueden ser, además, constitutivas de algún supuesto de hecho propio de otros sectores jurídicos. En estos casos tiene lugar una concurrencia de supuestos de hecho jurídicos plurales de distinta naturaleza jurídica, y para que el suceso global acontecido tenga una solución jurídica *completa* deberán aplicarse *todas* las consecuencias jurídicas correspondientes a cada supuesto.

3. Los principios y garantías del Derecho sancionador

En relación con la polémica doctrinal relativa a si al Derecho administrativo sancionador hay que aplicarle o no los mismos principios que al Derecho penal, hay que señalar que no puede hablarse de un «traslado» de principios de un sector a otro del ordenamiento jurídico sino más bien de una «delimitación» de los principios del Derecho sancionador (221), que la doctrina ha encontrado desarrollados en el ámbito del Derecho penal, puesto que históricamente ha sido, por excelencia, el sector «punitivo» del ordenamiento jurídico (222).

Así, en mi opinión, son principios que pertenecen al Derecho sancionador (223) (y, por lo tanto, comunes a ambos sectores del ordenamiento jurídico) aquellos que derivan del supuesto de hecho común a ambas infracciones (la conducta típica, antijurídica y culpable): el principio de legalidad [y todos los que derivan de él (224)] y el principio de culpabilidad (225). Estos principios (226)

(221) Como señala NIETO GARCÍA (2012: p. 135), cuando se imponen al Derecho administrativo sancionador los principios del Derecho penal es porque tales principios son los únicos que se conocen como expresión del Derecho punitivo del Estado.

(222) En la doctrina penal han reclamado la aplicación de los principios fundamentales del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, por ejemplo, CEREZO MIR (1975: p. 170); GÓMEZ TOMILLO (2013: pp. 71-74).

(223) Al respecto, señala REBOLLO PUIG (2010b: pp. 322-323) que con la premisa teórica de que penas y sanciones administrativas son castigos impuestos por el Estado, decaen los argumentos para seguir manteniendo que los límites capitales que el Estado de Derecho erigió frente al poder estatal sean inaplicables a las sanciones cuya imposición se ha atribuido a la Administración. También hace referencia a la aplicación a las sanciones administrativas de los principios generales del Derecho sancionador GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 190).

(224) Véase *infra* este mismo apartado.

(225) Como señala BOLDOVA PASAMAR (2016: p. 48), la culpabilidad es entendida en el ámbito del Derecho penal no solo como elemento esencial e independiente del concepto de delito (el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable) sino como elemento unitario e integrador de todos los demás. Representa el factor decisivo (porque constituye el elemento final que engloba a todos los demás elementos esenciales del delito que le anteceden) del que depende la afirmación o negación de la responsabilidad criminal. Esta comprensión más amplia es posible porque entre los elementos del delito existe una relación lógica necesaria. Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad (que señala que no hay pena sin culpabilidad) comprende la exigencia de responsabilidad subjetiva por dolo o imprudencia, la exigencia de responsabilidad personal por el hecho culpable y la culpabilidad como fundamento y límite de la pena.

(226) Considera también que estos principios deben aplicarse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2013: pp. 129 y ss.); SILVA FORNÉ (2002: pp. 188-189); GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2010: pp. 197 y ss.); REBOLLO PUIG (2010b: p. 324), que considera que no hay en esta traslación de principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador ningún exceso sino el reflejo condensado de la aproximación de regímenes entre penas y sanciones administrativas para la efectividad

no se pueden «modular» (227) porque constituyen la esencia del Derecho sancionador proporcionado seguridad jurídica al ciudadano ante el ejercicio arbitrario de poder (228). Se trata, como señala GRACIA MARTÍN (229), de conceptos categoriales, que no soportan de ningún modo «modulación» alguna.

Por el contrario, la menor gravedad de las infracciones administrativas justifica que existan diferencias en relación con algunas garantías procedimentales (230) que deben observarse para su imposición (231). La propia asignación del poder punitivo a la Administración, legitimada por el menor contenido de injusto que tiene la infracción administrativa, da lugar a que la sanción administrativa se imponga en un procedimiento distinto (el procedi-

en ambos terrenos de los derechos públicos subjetivos esenciales en un Estado de Derecho frente al poder punitivo.

(227) También han criticado la tesis de las «matizaciones» HUERGO LORA y GRACIA MARTÍN. HUERGO LORA (2007: pp. 41-42, 47, 87) considera que esta tesis carece de un criterio que nos diga cuál es la razón de las «matizaciones», lo que ha dado lugar a que estas se hayan convertido en un título inespecífico en manos del legislador que le permite rebajar aquí y allá las garantías penales donde lo tiene por conveniente, sin que hasta el momento tales matizaciones hayan llegado a superar casi nunca esa barrera invisible que las separa de la pura y simple supresión de las garantías penales. También dice el citado autor (2007: p. 87) que en Alemania los principios de legalidad y de culpabilidad son aplicables a las sanciones administrativas en los mismos términos que las penas, sin que se encuentre nada parecido a la idea de «matizaciones» en la aplicación de tales principios que se mantiene en España, que supone algo así como una reserva inespecífica que permite al legislador aguarlos sin necesidad de aportar una justificación concreta. GRACIA MARTÍN (2020a: p. 80-81) pone de manifiesto que los conceptos categoriales no soportan de ningún modo «modulación» alguna de sus elementos esenciales porque esto los vacía de su contenido esencial y los transforma en un concepto diferente.

(228) Acerca del Derecho como límite al ejercicio arbitrario de poder véase GRACIA MARTÍN (2020b: pp. 459 y ss.).

(229) GRACIA MARTÍN (2020a: p. 80-81).

(230) Habitualmente se entiende por «garantías» los derechos que reconoce la Constitución y la ley a los ciudadanos inmersos en un procedimiento (penal o administrativo) mientras que se consideran «principios» los enunciados normativos generales del Derecho.

(231) También distingue ente principios y garantías HUERGO LORA (2007: p. 17). Considera que hay que distinguir aquellos principios que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas (2007: p. 361), de aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen.

En sentido similar, señala CANO CAMPOS (2014: p. 50) que resulta razonable sostener una relación directa entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de su aplicación, por lo que, siempre que se respeten los principios esenciales de lo punitivo, no todo sistema sancionador tiene que tener las mismas garantías.

miento administrativo), que tiene características diferentes (232) a las que tiene el procedimiento penal (233).

En el ámbito del Derecho penal, el principio de legalidad (art. 9.3 y 25.1 CE) (234) se extiende a un repertorio muy amplio de manifestaciones (235) [entre las que se encuentran, la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delitos y de las correspondientes penas (236), la prohibición de la analogía *in malam partem*, la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo, la certeza y taxatividad de las normas penales, la prohibición del *bis in idem* (237)] y de garantías [la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución penal (238)].

(232) Sobre las diferencias entre el procedimiento administrativo y penal véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 211 y ss.); ALARCÓN SOTOMAYOR (2007: pp. 29 y ss.); MARTÍN REBOLLO (2017: pp. 359 y ss.).

Como ha señalado la doctrina, algunas garantías, como la presunción de inocencia, son comunes a ambos procedimientos. En este sentido véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 204 y ss.); ALARCÓN SOTOMAYOR (2007: pp. 184 y ss.); CANO CAMPOS (2008, pp. 1529 y ss.); PALAO TABOADA (2008: pp. 1755 y ss.); SILVA FORNÉ (2002: p. 190); MARTÍN REBOLLO (2017: pp. 359 y ss.); GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 204).

(233) El ordenamiento jurídico otorga al Estado numerosos mecanismos, previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en la Constitución, que son aplicables únicamente a la persecución de los delitos y no de las simples infracciones. Por ejemplo, medidas cautelares como la detención o prisión provisionales, la prohibición de abandonar el territorio nacional, la obligación de exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, la interceptación y detención de la correspondencia, la interceptación de las comunicaciones, la posibilidad de pedir información a entes públicos y privados o la práctica de registros. Asimismo, los mecanismos de cooperación internacional se suelen limitar a la persecución de las infracciones penales.

(234) Sobre el principio de legalidad como principio de la potestad sancionadora véase PAREJO ALFONSO (2020: pp. 985 y ss.); NIETO GARCÍA (2012: pp. 161 y ss.); HUERGO LORA (2007: pp. 364 y ss.); PÉREZ ROYO/CARRASCO GONZÁLEZ (2019: p. 432).

(235) Acerca de los principios del Derecho penal véase BOLDOVA PASAMAR (pp. 39 y ss.).

(236) Este principio incluye la proscripción de la costumbre como fuente del Derecho.

(237) Sobre la imposibilidad de imponer sanciones administrativas y penales por un mismo comportamiento véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 208-209), que hace referencia a la STS de 30 de enero de 1981, que impuso esta tesis frente a la mantenida hasta entonces que consideraba que eran compatibles por tratarse de dos ordenamientos distintos. La excepción a la prohibición de la doble sanción que admite la jurisprudencia es la relativa a las sanciones disciplinarias.

También señalan estos autores que, según el Tribunal Constitucional, el principio *non bis in idem*, está íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (2020: p. 208).

(238) Según el principio de legalidad, para juzgar un hecho como delito, este debe haberse formulado como tal por una ley con anterioridad a su perpetración (garantía criminal, art. 1.1 CP), es preciso que la pena o la medida de seguridad ya estuviera prevista por una ley con anterioridad a la comisión del delito (garantía penal, art. 2.1 CP) y no se puede ejecutar pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por los jueces

Respecto a la garantía jurisdiccional y de ejecución penal, es evidente que la propia asignación del *ius puniendi* a la Administración (art. 25.1 y 3 y 45.3 CE) determina que sea esta [y no los tribunales penales (239)] la que, a través del procedimiento administrativo, imponga, en primera instancia (240), la sanción; pero el resto de los principios y garantías que derivan del principio de legalidad pertenecen al Derecho sancionador y, por tanto, son aplicables tanto a los delitos como a las infracciones administrativas.

V. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DERECHO DE POLICÍA

El problema de la distinción entre lo ilícito administrativo y lo ilícito penal se plantea por primera vez en el Estado Liberal, puesto que en el Estado de policía del despotismo ilustrado no era posible distinguir claramente el Derecho penal del Derecho administrativo (241). Con el advenimiento del liberalismo, el

y tribunales competentes con arreglo a la legislación procesal (garantía jurisdiccional, art. 3.2 CP), ni hacerlo de otra forma que la prescrita por la ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. Al respecto véase BOLDOVA PASAMAR (2016: pp. 39-40).

(239) Dice HUERGO LORA (2007: p. 167) que en Alemania la doctrina constata que las sanciones administrativas se ven privadas de la principal de las garantías: la reserva a un juez de la potestad de imponerlas. En cambio, la doctrina dominante en España hace un quiebro argumental en virtud del cual se admite la constitucionalidad de las sanciones administrativas (pese a que en ellas se incumple una de las principales garantías penales, la judicial) a cambio del cumplimiento de las demás. Sin embargo —dice el citado autor— esa forma de razonar no se ajusta a la realidad: la reducción de garantías que se produce en algo tan básico como la competencia para imponer las sanciones no se compensa en otros aspectos, sino que, al contrario, esa reducción también afecta al resto de las garantías, y se manifiesta en las «matizaciones» que el Tribunal Constitucional reconoce en la aplicación de los principios del *ius puniendi* al Derecho Administrativo sancionador.

(240) En España, las sanciones administrativas se recurren ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, mientras que, en otros países, como Alemania, la revisión de la imposición de las sanciones administrativas la realizan los tribunales penales. Al respecto, señala HUERGO LORA (2007: p. 123) que esta peculiaridad coloca al Derecho administrativo sancionador español al margen de importantes instrumentos de cooperación jurídica internacional, puesto que, aunque habitualmente se considera suficiente, para cumplir con las exigencias del Estado de Derecho, que las decisiones administrativas sancionadoras sean recurribles ante Tribunales contencioso-administrativos, algunas normas de cooperación jurídica internacional exigen que las decisiones administrativas sean recurribles ante los tribunales penales. La aplicación de los principios del *ius puniendi* a la sanción administrativa no es suficiente por sí sola para que las sanciones administrativas puedan disfrutar de los mecanismos de cooperación entre Estados, lo que coloca a las sanciones españolas en clara inferioridad respecto a las impuestas por órganos administrativos de otros Estados, que sí son impugnables ante un tribunal penal.

(241) Véase CEREZO MIR (1975: pp. 161 y ss.; 2005: pp. 50 y ss.):

ejercicio del denominado *ius puniendi* se vincula al principio de legalidad de los delitos y las penas y ello obliga a plantearse la legitimidad de su ejercicio por la Administración. Con el advenimiento del liberalismo social a finales del siglo XIX y el crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado, el problema de la distinción de lo ilícito administrativo y lo ilícito penal adquirió una importancia cada vez mayor, puesto que el Estado no renunció a incluir las sanciones como parte de los medios coactivos de los que disponía para realizar su amplia actividad de gestión (242).

Hoy en día, una parte de la doctrina administrativa española considera que, debido a su significación e importancia material (243), las sanciones administrativas deben tener un tratamiento independiente de otros actos administrativos gravosos para los administrados, mientras que otro sector doctrinal incluye la potestad sancionadora en la llamada actuación de policía administrativa [que se distingue de la actuación de servicio público y la de fomento (244)], en virtud de la cual la actividad privada es sometida a variados tipos de controles e intervenciones públicas, que limitan la libertad de la actividad privada.

(242) En algunos países, como Alemania, Francia o Italia la mayoría de los medios coactivos que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines se regularon en el ámbito del Derecho penal, lo que dio lugar a una hipertrofia de este sector del ordenamiento jurídico. Para resolver este problema, en Alemania GOLDSCHMIDT propuso la segregación de un Derecho penal meramente administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal. Para ello sugirió varios criterios sustanciales de distinción de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Su doctrina fue desarrollada y dotada de fundamentación filosófica-jurídica por ERIK WOLF. En nuestro país el problema se planteó de un modo diferente, pues el aumento de la actividad administrativa del Estado no dio lugar a una hipertrofia del Derecho penal, sino al desarrollo de un desmesurado poder sancionador de la Administración. Por eso, la doctrina reclamó no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal, sino una desadministrativización de la actividad sancionadora de la Administración o al menos la sujeción de la misma a alguno de los principios fundamentales del Derecho penal (principio de legalidad, de retroactividad de las leyes favorables y de culpabilidad) y la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas. Al respecto véase CEREZO MIR (2004: pp. 50-51).

Sobre la idea del Derecho penal de policía integrado en el Código penal pero sometido a principios propios que tanto se discutió en Alemania en el siglo XIX y que en este país fue abandonado tras la Segunda Guerra mundial y sustituido por la actual OWiG véase HUERGO LORA, p. 92. Sobre el concepto de Derecho penal de policía véase también REBOLLO PUIG (2010b: pp. 318-319).

(243) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: pp. 184 y ss.); REBOLLO PUIG (2019: pp. 43 y 44).

(244) Por ejemplo, hacen referencia a la clasificación tripartita tradicional de la actuación administrativa BERMEO VERA (2018: pp. 24, 32 y ss., 66 y ss., y 88 y ss.), que distingue entre la actuación de policía, de fomento y de servicios públicos; PAREJO ALFONSO (2020: p. 548), que distingue entre la actuación de policía o coacción (limitación), la de servicio público (prestación) y la fomento (incentivación, ayuda), señalando que la actividad de policía es distinta a las actuaciones administrativas de coacción y sanción (2020: p. 549).

En relación con el tratamiento dogmático de las sanciones administrativas considero muy acertado el camino que ha emprendido una parte de la doctrina administrativa en el sentido de distinguirlas de otras medidas coactivas de las que dispone la administración para el cumplimiento de sus fines (245).

La distinta naturaleza jurídica que tienen las sanciones administrativas con respecto a otras medidas coercitivas exige, en mi opinión, ubicar las sanciones en el Derecho administrativo sancionador (246), y diferenciarlas de otras medidas coactivas que no tienen carácter sancionador, que pueden denominarse medidas de policía, que se incluirían en el sector del ordenamiento jurídico que podemos denominar Derecho de policía (247).

En el Derecho de policía (248) pueden integrarse consecuencias jurídicas que se regulan en distintos sectores del ordenamiento jurídico y que, como hemos visto, tienen distintos fundamentos [hay medidas que se fundamentan en la peligrosidad de la cosa, medidas que se fundamentan en la peligrosidad de la situación y medidas de aseguramiento de la legalidad vigente en el marco de la gestión que realiza la Administración en cumplimiento de sus fines (249)].

Como señala BERMEJO VERA (250), en el concepto de «policía administrativa» (251) encajan todas las fórmulas jurídicas con que las Administraciones

(245) En este sentido se han manifestado, por ejemplo, HUERGO LORA Y CANO CAMPOS (citados a lo largo de este estudio).

(246) El Derecho administrativo sancionador es un sector del Derecho sancionador, en el que ubican, como hemos visto a lo largo de la exposición, la infracción administrativa, la infracción disciplinaria y la pena.

(247) Utiliza esta expresión GRACIA MARTÍN (2006: p. 50), que señala que la peligrosidad, en el sentido de probabilidad de hechos delictivos, puede provenir no solo de las personas sino también de cosas, situaciones objetivas o actividades determinadas con independencia de que las lleve a cabo una persona determinada. En estas situaciones de peligrosidad objetiva de una cosa o situación se tienen que arbitrar medidas que tendrán carácter de aseguramiento de la colectividad frente al peligro de que tales cosas o actividades sean utilizadas para la comisión de delitos. Estas medidas de aseguramiento no tienen carácter punitivo. Su aplicación es una expresión del denominado, desde OTTO MAYER, «poder coercitivo» del Estado (*Zwangsgewalt*), cuyo ejercicio se legitima por principios diferentes a los que legitiman el del «poder punitivo» (*Strafgewalt*) y se orienta a finalidades que no deben confundirse con las de este último.

(248) El que he denominado Derecho de Policía, que forma parte del Derecho administrativo no sancionador, tiene las características que aquellos autores que han defendido que existen diferencias cualitativas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador atribuían a este último.

(249) Al respecto véase *supra* el apartado II.2.

(250) BERMEJO VERA (2018: pp. 24 y 32).

(251) GARRIDO FALLA (1959: p. 11) definió la policía administrativa como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública. Al respecto, señala BERMEJO VERA (2018: p. 32) que la «policía administrativa» es una denominación clásica en Derecho público que evoca el periodo histórico

públicas controlan la actividad de los ciudadanos y demás agentes económicos. Es quizás la modalidad principal de actuación y abarca una diversidad de fórmulas o técnicas, predeterminadas en las normas, al objeto de evaluar, verificar, habilitar, imponer obligaciones y, en su caso, privar, condicionar o incluso prohibir el ejercicio de ciertos derechos o intereses de los administrados.

Dado que algunos autores han identificado, en determinados contextos, este término con el ejercicio arbitrario por el Estado de fuerza y coacción que ha tenido lugar en algunos momentos históricos, incompatible con la legalidad democrática (252), quiero aclarar que cuando utilizo el término «Derecho de policía» quiero aludir al contenido que este ámbito del ordenamiento jurídico debe tener en el marco del Estado social y democrático de Derecho (253).

Este estudio se ha dedicado a delimitar el supuesto de hecho, los principios y las garantías que han de aplicarse a las sanciones, pero quiero destacar que lo mismo hay que hacer en relación con cada una de las medidas coactivas

en que surge la Administración como estructura y concepto operativo. El vocablo «policía» ya de por sí, significa vigilancia y control. En su sentido más visible se suele identificar como la estructura de la Administración que preserva el orden y la seguridad ciudadana y protege el libre y pacífico ejercicio de los derechos, incluso con la represión de conductas contrarias a las normas, a través de sus agentes específicos (policía nacional, municipal, autonómica, etc.) —en el lenguaje coloquial se confunde esta modalidad de actuación administrativa con uno de sus aspectos—. Pero el concepto de «policía», desde su aparición en el Estado moderno, es un concepto versátil y mudable, temporal y espacialmente.

(252) GRACIA MARTÍN utiliza en su obra la expresión Derecho de policía para hacer referencia al sector del Derecho administrativo no sancionador en el que se ubica la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas que el legislador regula en el art. 31 bis CP, pero en alguna ocasión (2020b: p. 465) utiliza esta expresión en el sentido peyorativo al que ahora me refiero. Considera que, por definición, e igual que sucede con el ejercicio de todo y cualquier poder de toda y cualquier especie, también el del específicamente político por quienes lo detentan y están habilitados al efecto, en sí mismo no tiene ni conoce límites para sí mismo, y por esto existe siempre de un modo permanente el peligro de que aquellos lo ejerzan arbitrariamente por el mero hecho de que lo tienen (*Können*), es decir, como un mero ejercicio de fuerza puramente coactiva sobre sus iguales en un Estado de policía, y no como ejercicio legítimo de una fuerza con sentido de licitud (*Dürfen*) en un Estado de Derecho. Por esto mismo tiene que haber una necesidad insoslayable de determinar y establecer alguna instancia externa al poder político fáctico que pueda operar como dispositivo y mecanismo de control y limitación de su ejercicio real. Esta instancia no es ni podría ser otra que el Derecho, que no es ni puede entenderse como nada distinto al producto de la Ciencia y Dogmática jurídicas.

(253) Al comentar la teoría de ERIK WOLF, señala GRECO (2018: pp. 176 a 178 y 184) que el valor de la justicia de la que hablaba WOLF equivaldría a la «la ideología del Estado de Derecho» y el valor del bienestar a la idea del «Estado del bienestar o Estado de policía» y recuerda cómo en el nacionalsocialismo se intensificó y perfeccionó el desapego de la Administración al valor de la justicia. No hay que olvidar que los teóricos nacionalsocialistas tomaron nota de las teorías de GOLDSCHMIDT y WOLF sobre la distinción cualitativa entre el «desvalor penal» y el «desvalor del orden».

no sancionadoras (254). También es necesario que el legislador, la dogmática jurídica y la jurisprudencia delimiten su régimen jurídico en el contexto de la exigencia que, en este sentido, demanda el Estado de Derecho.

Así, en mi opinión, la imposición de una medida de policía debe estar también sometida al principio de legalidad y a otros principios generales del Derecho, como el de jerarquía normativa, el de publicidad de las normas, el de seguridad jurídica (255), el de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) (256), el de igualdad (art. 14 CE) o el de justicia material (257). Asimismo, toda decisión administrativa debe estar sometida a la revisión que sobre ella pueden efectuar los Tribunales (258).

En el marco del Estado social (259), que se basa en el deber que tienen los poderes políticos, en beneficio del interés general, de promocionar los objetivos de política social y económica, surge el interés por alcanzar mayores cotas de bienestar material, de libertad y de seguridad (260), pero en el devenir del contrato social (261), en permanente evolución, no debe olvidarse

(254) Sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas véase GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ (2020: pp. 78 y ss.).

(255) Por otra parte, el principio de legalidad se halla vinculado al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que es un principio general del Derecho.

(256) Sobre el principio de proporcionalidad véase GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2020: p. 204); BOLDOVA PASAMAR (2016: p. 51), que destaca su vinculación con la prohibición del exceso y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(257) Sobre el principio de justicia material véase BOLDOVA PASAMAR (2016: p. 52).

(258) No hay que olvidar que en un Estado de Derecho todo acto administrativo, también el que da lugar a la aplicación de una medida no sancionadora, está sometido a la posibilidad de revisión por los Tribunales. Esta posibilidad, que hasta ahora se ha considerado incuestionable en un Estado de Derecho ha tenido que ser recientemente recordada por los juristas, en el contexto del debate social que ha generado la revisión de las medidas adoptadas por las comunidades autónomas para atajar la pandemia de la COVID-19, que los tribunales están realizando en el marco del estado de alarma (en el momento en el que escribo este artículo está vigente el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2).

(259) Sobre el Estado social dice ADEN (2018: p. 151) que, en el curso de las discusiones sobre la nueva gestión pública, la perspectiva pasó de asegurar el *status quo* del Estado en el Estado liberal a la eficiencia del Estado como proveedor de servicios para la población en el Estado social.

(260) Sobre el Estado y la sociedad de la seguridad véase ADEN (2018, p. 151).

(261) En mi opinión, la teoría del contrato social (en la formulación de ROUSSEAU) es la que mejor explica la fundación de la sociedad, el Estado y el Derecho. Me adhiero así al sector doctrinal que considera que la teoría del contrato social es la más adecuada para derivar de la «idea» del Derecho contenidos *jurídicos* materiales para el Derecho concreto,

que el centro del sistema social es el individuo (262). En este contexto hay que destacar que una de las funciones que cumplen los bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, el orden público, la seguridad del tráfico, la salud pública o el medio ambiente), que, como hemos visto, son protegidos tanto por el Derecho penal como por el Derecho administrativo, es la protección de los bienes jurídicos individuales (263).

Como señala ADEN (264), lo que debe estar en el centro de lo que las instituciones estatales deben proteger no es el Estado como fin en sí mismo, sino la dignidad de las personas (265), su participación democrática y la salvaguarda constitucional de sus derechos fundamentales (266).

Al respecto, hay que poner de relieve que, a pesar de la evolución que, en este sentido, han tenido los Estados democráticos, la adecuada ponderación de intereses entre la intervención estatal y los derechos fundamentales de

como por ejemplo para determinar y reconocer bienes jurídicos, las normas que los protegen y también las diferentes reacciones jurídicas con que puede hacerse frente a sus lesiones y peligros. En este sentido, entre otros muchos, véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 44 ss. y 72 ss.); (.); SCHÜNEMANN (1996: p. 192); ROXIN/GRECO (2020: p. 26).

(262) Como señala ZABEL (2018: p. 66), el Estado debe garantizar la prosperidad, la libertad y la seguridad *de los individuos*. Dice el citado autor que, en la medida en que la ley y el Estado garantizan el estatus del sujeto y la seguridad de los individuos y la sociedad, el gobierno político —y posiblemente la coacción que de él se deriva— está legitimado o al menos es legítimable. La ley, la libertad y la seguridad deben promediarse en relación con los intereses, pero al mismo tiempo siempre deben orientarse hacia la autonomía de los sujetos. La libertad necesita seguridad y la seguridad necesita prevención. (2018: p. 56) Esta sentencia es omnipresente e indiscutida en el Estado y la sociedad, pero especialmente en el debate de la política criminal. ¿Qué dice el pensamiento entrelazado de libertad, seguridad y prevención sobre la comunidad democrática? ¿Qué cultura jurídica y qué intereses se asocian a ella? Solo obtendremos respuesta a estas preguntas si no perdemos de vista por completo las bases de legitimidad de la sociedad y del Estado.

(263) Sobre la función de protección de los bienes jurídicos individuales que cumplen los bienes jurídicos colectivos véase GRACIA MARTÍN (2003: pp. 155 y ss.); MAYO CALDERÓN (2005: pp. 64 y ss.).

(264) ADEN (2018: p. 164).

(265) A este principio hace referencia el art. 10.1 CE. Un exponente de respeto absoluto a este principio lo representa, en el ámbito del Derecho penal, la doctrina de la acción finalista elaborada por WELZEL (1964: pp. 26 y ss.; 1969: pp. 34 s.) y seguida por mis maestros, los profesores CEREZO MIR y GRACIA MARTÍN, a la que me adhiero. Según esta concepción, la dogmática del Derecho penal debe estar informada por el método de la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, lo que implica defender la construcción de un sistema que tenga como referente esencial e inmanente el del reconocimiento del ser humano como persona, como ser con capacidad de obligarse ético-socialmente de acuerdo con su dignidad personal.

(266) Señala ZABEL (2018: pp. 55 y ss. p. 61) que el Estado constitucional moderno afirma una comprensión de la seguridad jurídica que se caracteriza por al menos cuatro elementos estructurales: eficacia, fiabilidad, previsibilidad y reconocibilidad de la ley.

los ciudadanos no debe dejar de preocupar a la Ciencia del Derecho, que siempre debe estar alerta y denunciar cualquier manifestación del ejercicio arbitrario de poder (267).

Así, por ejemplo, los efectos causados por la pandemia global de la COVID-19 han obligado a reflexionar a los juristas sobre las medidas adoptadas por los Estados, con la esperanza de que la victoria sobre la pandemia sea también la victoria del Estado democrático de Derecho (268).

Como hemos visto, las medidas de policía se ubican no solo en el ámbito del Derecho administrativo sino también en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho penal. Así, en mi opinión, es una medida de esta clase la mal llamada responsabilidad «penal» de las personas jurídicas, que se regula en los arts. 31 bis a quinquies y 33.7 CP, cuya naturaleza jurídica ha sido muy discutida por la doctrina.

En mi opinión, las medidas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP no tienen la naturaleza jurídica de «pena», aunque las llame así el legislador, las haya regulado en el Código penal y haya decidido que sean impuestas en un proceso penal.

De acuerdo con el concepto de sanción que aquí se ha defendido, hay que afirmar que la responsabilidad que el legislador asigna a las personas jurídicas, tanto en el ámbito del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador (269), no puede ser ni una pena ni una sanción administrativa (270), sino que tiene la naturaleza jurídica de una medida coercitiva, no sancionadora, cuyo supuesto de hecho es necesario delimitar (271).

La persona jurídica no puede infringir por sí misma una norma de determinación porque no tiene capacidad de acción y, por tanto, tampoco capacidad

(267) En este contexto, ADEN (2018: p. 157) reflexiona sobre la relación entre dignidad y prevención en Alemania y concluye que la protección del Estado como fin en sí mismo sigue ocupando un lugar central en la legislación federal alemana, mientras que la protección de las personas contra peligros graves a veces se descuida y, por lo tanto, se pierde de vista. El estado de libertad de cada Constitución estatal se mide por el grado en que el individuo puede desarrollarse. Se habla entonces de «democracias preventivas».

(268) Una reflexión en este sentido puede verse en PAREDES CASTAÑÓN (2020: pp. 50 y ss.).

(269) En este sentido, con contundentes argumentos, a los que me adhiero, se ha manifestado GRACIA MARTÍN (2020a: pp. 12 y ss.; así como toda su bibliografía anterior, citada en este artículo).

(270) En Alemania las consecuencias jurídicas para personas jurídicas no se regulan en el Código Penal (*StGB*) sino en el § 30 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* (*OWiG*). Se establece para ellas una multa que la mayoría de la doctrina considera una consecuencia accesoria no sancionatoria. En este sentido véase, MITSCH (2005, p. 165).

(271) De esta cuestión no puedo ocuparme en este artículo. Lo haré en un trabajo que espero publicar próximamente.

de culpabilidad, pero sí puede ser «responsable». Se trata de una responsabilidad objetiva que se fundamenta en el peligro que genera el defecto de organización. Se exige a la persona jurídica que se autorregule, en el contexto de los nuevos modelos de colaboración entre las empresas y el Estado que han surgido con la evolución del Estado social (272) hacia el denominado Estado cooperativo (273).

VI. CONCLUSIONES

1. Para poder determinar si entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existen diferencias cualitativas o meramente cuantitativas es imprescindible delimitar el concepto de sanción.

2. Tras constatar el frecuente uso del término «sanción» en un sentido amplio, se delimita un concepto de sanción en sentido estricto que permite incluir en él a la sanción administrativa, a la sanción disciplinaria y a la pena y, a la vez, excluir a otras medidas coercitivas que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus fines.

3. La delimitación de la naturaleza jurídica (sancionadora o no sancionadora) de una medida coercitiva, fundamental para determinar los elementos que configuran su supuesto de hecho y el régimen jurídico que le es aplicable, corresponde a la Ciencia del Derecho y a la jurisprudencia. Al respecto, se constata que el único criterio válido es el que atiende al fundamento de la medida, siendo irrelevante el nombre que le haya dado el legislador, el sector del ordenamiento en el que la haya ubicado o el procedimiento que haya establecido para su imposición.

(272) A los modelos de «autorregulación regulada» hace referencia ROCA DE AGAPITO (2018: p. 234).

(273) Sobre el Estado cooperativo (denominación acuñada por HÄBERLE) señala PAREJO ALFONSO (2020: p. 70) que, como consecuencia del desdibujamiento de la diferenciación de Estado y sociedad, la potenciación de la lógica propia de esta y la incapacidad estatal para asegurar en muchos ámbitos su dirección con medios clásicos imperativos, recurre a la participación de medios privados y al reconocimiento de espacios (sustancialmente económicos) de autorregulación social. La cooperación es, así, interacción entre la Administración pública y sujetos privados gracias a la inclusión de estos en el cumplimiento de tareas públicas mediante la imposición a dichos sujetos de deberes, la estimulación o incentívación de su comportamiento, la oferta de colaboración y, en general, el arreglo mediante pactos, acuerdos, convenios o contratos (véase art. 86 LPAC), pero también la mediación. Se trata de un Estado que complementa la supremacía propia de su función soberana tradicional con la de articulación de intereses en aquellos espacios que acepta como correspondientes primariamente a la configuración propia de los ciudadanos. Lo que no significa abdicación de aquella función tradicional, la cual permanece latente y capaz, en caso necesario, de actualizarse en términos de decisión unilateral imperativa vinculante.

4. La distinción entre las consecuencias jurídicas de carácter sancionador y no sancionador se desenvuelve en el plano de la «norma» y no de la «ley». La sanción refleja una responsabilidad «personal» que se impone «al mismo» sujeto que infringe una norma de determinación (prohibición o mandato), mientras que las medidas no sancionadoras derivan de las normas de valoración. Como el concepto de norma y de bien jurídico es común a todo el ordenamiento jurídico, encontramos medidas de carácter sancionador y no sancionador tanto en el ámbito del Derecho penal como del Derecho administrativo.

5. La sanción administrativa y la penal comparten el mismo contenido de injusto (injusto personal). Por lo tanto, desde este punto de vista, entre ellas no existe una diferencia cualitativa. Únicamente existe una diferencia cuantitativa, que deriva de que lo injusto es una magnitud graduable.

6. El fundamento de la sanción es la culpabilidad del individuo que ha realizado la conducta típica y antijurídica (juicio de reproche). Por el contrario, la responsabilidad «patrimonial» se fundamenta en la necesidad de reparar el daño y la responsabilidad «social» (que integra el Derecho de policía) se fundamenta en la peligrosidad objetiva de la cosa (por ejemplo, es una medida de policía el comiso), en la peligrosidad objetiva de la situación (por ejemplo, las medidas para personas jurídicas previstas en el art. 33.7 CP o en las leyes administrativas) o en el ejercicio de la legalidad vigente en el marco de la gestión que realiza la Administración en cumplimiento de sus fines (por ejemplo, las medidas que impone la unión europea a los Estados miembros, la expropiación forzosa, la denomina expropiación-sanción, las multas coercitivas, las revocaciones de licencias o concesiones o la expulsión de extranjeros que lleva a cabo la Administración cuando han entrado en el país careciendo de los requisitos exigidos por la normativa).

7. La responsabilidad «personal» es una responsabilidad subjetiva, que se fundamenta en la realización de un hecho contrario a la norma de determinación por el mismo «individuo» al que el ordenamiento jurídico considera responsable (culpable), mientras que la responsabilidad «social» y la responsabilidad «patrimonial» son objetivas, en el sentido de que consisten en la imputación objetiva de un resultado a una determinada «persona» (física o jurídica).

8. A diferencia de las sanciones, que siempre derivan, en una relación lógica indisoluble, del hecho realizado «por el mismo sujeto» que infringió la norma de determinación (hecho propio), las medidas coactivas que no son sanciones pueden derivar de conductas realizadas por otros individuos distintos a aquellos a los que el ordenamiento jurídico les imputa esa responsabilidad.

9. La diferencia cualitativa que, según algunos autores, existe entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se daría en realidad entre el Derecho penal y el Derecho de policía, al que deben reconducirse las medidas coercitivas que no son sanciones (medidas de policía).

10. La sanción administrativa, la sanción disciplinaria y la pena comparten los mismos principios (los propios del Derecho sancionador), que no se pueden «modular» en el ámbito del Derecho administrativo. Por el contrario, debido a la menor gravedad de las infracciones administrativas, algunas garantías procedimentales son diferentes.

11. En un Estado de Derecho también las medidas coercitivas no sancionadoras deben estar sometidas a determinados principios y garantías, que deben ser delimitados por el legislador, por la Ciencia del Derecho y por la jurisprudencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADEN, Hartmut (2018): «Der zu schützende Staat? Kritik der Aufgabendefinition von Polizei und Verfassungsschutz in Deutschland und Perspektiven eines Paradigmenwechsels» en Jens Puschke/ Tobias Singelstein (Hrsgp), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, Wiesbaden, Springer VS, pp. 149-167.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2007): *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, pp. 532 y ss.
- (2014): «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», *Revista de Administración Pública*, 195, pp. 135-167.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2004): *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del Código penal)*, Granada, Comares, 148 pp.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen/ESCUCHURI AISA, Estrella (2011): «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 7-86.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica (2018): «La responsabilidad de los menores de edad en el Derecho administrativo sancionador», en Alejandro Huergo Lora (director), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, pp. 257-306.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2010a): «Convenio Europeo de Derechos humanos y procedimiento administrativo sancionador», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 178-185.
- (2010b): «Unión europea, Influencia en el Derecho administrativo sancionador interno», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 1217-1224.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1991): *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, Colex, 163 pp.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (2008): «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. Recensión a Bernardo Feijoo, Normativización del Derecho penal y realidad social, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2007», *Indret*, 3, pp. 1-10.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2018): «La responsabilidad por daños», en José Antonio Serrano García/María del Carmen Bayod López, *Lecciones de Derecho civil: Obligaciones y contratos. A la luz de la propuesta de Código civil (Libro V) de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PAPCD)*, Zaragoza, Kronos, 474 pp.
- BERMEJO VERA, José (2018): *Derecho administrativo básico. Parte especial*, Volumen II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 501 pp.
- BINDING, Karl, (1872): *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Arten des Delikts*, Erster Band, Leipzig, Verlag Von Wilhelm Engelmann, 233 pp.
- BITTER, Stephan (2011): *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union. Der Begriff und seine Funktion im europäischen Rechtssystem*, Heidelberg, Springer, 347 pp.
- BLUM, Heribert/ AKAY, Sinan (2020): «§ 1», en Kathi Gassner/ Sebastian Seith (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2. Auflage, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 77-79.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Los principios del Derecho penal» en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2º ed., Granada, Comares, pp. 37 a 54.
- BUSTO LAGO, José Manuel (2013): «La responsabilidad civil de las administraciones públicas», en BUSTO LAGO, José Manuel/ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coordinadores), *Lecciones de responsabilidad civil*, pp. 611 a 651.
- BUSTO LAGO, José Manuel/PEÑA LÓPEZ, Fernando (1997): «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, p141 a 166.
- CANO CAMPOS, Tomás (2008): «Presunción de veracidad y presunción de inocencia en el Derecho administrativo sancionador», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, editado por El Justicia de Aragón, volumen II, 1129 pp. 1529-1557.
- (2009): «La culpabilidad y los sujetos responsables de las infracciones de tráfico», *DA. Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285, pp. 83-119.
- (2014): *Las sanciones de tráfico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 581 pp.

- CEREZO MIR, José (1975): «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 28, pp. 159-173.
- (1998): *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 404 pp.
- (2001): *Curso de Derecho penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 319 pp.
- (2004): *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 308 pp.
- CID MOLINÉ, José (1996): «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública*, 140, pp. 131-172.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles (2010): «Principio de culpabilidad», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, lustel, pp. 685-702
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): *El vigor de las leyes: el campo semántico validez en el Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 69 pp.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel (2018): «Ejecutividad y prescripción sancionadoras tras la reforma del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en Alejandro Huergo Lora (director), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, pp. 307-330.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2011): *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, Montevideo, B de f, 151 pp.
- ESCUCHURI AISA, Estrella (2004): *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, Comares, 474 pp.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio (2010): «Regulación de la potestad sancionadora», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, lustel, pp. 966-974.
- FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2007): *Normativización del Derecho penal y realidad social*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 368 pp.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis (2016): «¿El legislador penal conoce la normativa sancionadora laboral? Superposición del ilícito penal y el administrativo-laboral. El ejemplo del tráfico ilegal de mano de obra», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 553-603.
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel (2001): «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos», en Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (coords.): *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 295-400.

- GARCÍA CAVERO, Percy (2016): «El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 21, pp. 21-33.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1976): El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, pp. 399-430.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2020): *Curso de Derecho administrativo*, II, 10ª ed., Madrid, Civitas Thomson Reuters, 757 pp.
- GARCÍA GÓMEZ, Antonio J. (2002): *La simple negligencia en la comisión de infracciones tributarias*, Madrid, Marcial Pons, 170 pp.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1959): «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, 28, pp. 11-50.
- GASSNER / SEITH (Hrsg.) (2020): *Nomos Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz: Handkommentar*, 2. Auflage, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 952 páginas.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel/ SANZ RUBIALES, Íñigo (2013): *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 1070 pp.
- GRACIA MARTÍN, Luis (1990): *Las infracciones de deberes contables y registrables tributarios en Derecho penal*, Madrid, Trivium, 355 pp.
- (1993): «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Actualidad Penal*, 39, pp. 583-610.
 - (2001): Prólogo al libro de María Ángeles Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales de lo injusto)*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, pp. 7-33.
 - (2003): *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 219 pp.
 - (2004): *Estudios de Derecho penal*, Lima (Perú), Idemsa, 912 pp.
 - (2005): *El horizonte del finalismo y el «Derecho penal del enemigo»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 254 pp.
 - (2006): *Fundamentos de Dogmática penal*, Barcelona, Atelier, Barcelona, 396 pp.
 - (2016a): «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito», en Luis Gracia Martín/Miguel Ángel Boldova Pasamar/Carmen Alastuey Dobón, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 262 pp. 225 y ss.

- (2016b): «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-05, pp. 1-95.
 - (2016c): «Construcción arbitraria y quebranto de conceptos jurídicos fundamentales en el sociologismo y la política criminal libres de empirismo y de Dogmática jurídica», *Revista General de Derecho penal*, 26, pp. 1-105.
 - (2016d): «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito», *Revista penal*, 38, pp. 147-195.
 - (2016e): «La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del Derecho», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-18, pp.1-131.
 - (2017): «¿Tiene hoy sentido —y si lo tiene en qué dirección y con qué alcance—algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?», en Jesús María Silva Sánchez/ Joan Josep Queralt Jiménez/Mirentxu Corcoy Bidasolo/M^o Teresa Castiñeira Palou (coordinadores), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires/Montevideo, IBdeF, pp. 115-128.
 - (2019): «A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito», en Manuel Cancio Meliá/Mario Maraver Gómez/Yamila Fakhouri Gómez/Pablo Guérez Tricarico/David Rodríguez Horcajo (editores), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Volumen 2, Madrid, UAM ediciones, pp. 1395-1410.
 - (2020a): «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho administrativo sancionador», en esta REVISTA, 55, pp. 12-118.
 - (2020b): «Quis custodiet ipsos custodes?: El Derecho penal como contrapoder discursivo de la razón para la protección de bienes jurídicos y del Estado de Derecho frente a quienes detentan y ejercen poder punitivo», en Pérez Manzano y otros (coordinadores), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 459-468.
- GRECO, LUÍS (2015): «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, pp. 515 ss.
- (2018): «Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der “alten” Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht», en Bernhard Kretschmer, Benno Zabel (Hrsg.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, Baden-Baden Nomos, pp. 175-214.

- HEFENDEHL, Roland (2016): «Ordnungswidrigkeiten: Legitimation und Grenzen. Ein vergleichender Blick auf Deutschland und Chile», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, (ZIS)*, 9/2016, pp. 636-645.
- HUERGO LORA, Alejandro (2007): *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 470 pp.
- (2010a): «Expropiación-sanción», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 456-462.
 - (2010b): «Sanción de expulsión de extranjeros», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 462-465.
 - (2018): «Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los instrumentos para la obtención de pruebas», en Alejandro HUERGO LORA (director), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, 364 pp.
- KAUFMANN, Armin (1954): *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 311 ss.
- KELSEN (1991) Hans: *Teoría pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Verengo (Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1960), Mexico, Editorial Porrúa, 364 pp.
- KLESCZEWSKI, Diethelm (2016): *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 348 pp.
- KRENBERGER, Benjamin/ KRUMM, Carsten (2018): «§1», *Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar*, Begründet von Dr. Joaquim Bohnert, 5. Auflage, München, C.H. Beck, pp. 1-6.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1985): «Régimen de la responsabilidad por hecho propio/Responsabilidad por hecho no propio/ Regulación específica de ciertos casos de responsabilidad», en José Luis Lacruz Berdejo/Francisco de Asís Sancho Rebullida/ Jesús Delgado Echevarría/Francisco Rivero Hernández, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones, Volumen primero, Parte general. Delito y cuasidelito*, Barcelona, Bosch, pp. 497-605.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano (2019): «La potestad sancionadora de la Administración», en Pablo MENÉNDEZ/Antonio EZQUERRA (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010): «Figuras afines: multas coercitivas», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, 2010, pp.467-477.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1988): «Límites constitucionales de la autotutela ejecutiva», *Revista de Administración Pública*, 115, pp. 57-97.

- LOZANO CUTANDA, Blanca (2010), «Presentación», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 13-16.
- MAGALDI MENDAÑA, Nuria (2019): «La expropiación forzosa», en Pablo Menéndez/Antonio Ezquerro (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1976), «Multas administrativas», *Revista de Administración Pública*, 79, pp. 9-65.
- MAYO CALDERÓN, Belén (2005): *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de *lege ferenda*, Comares, Granada, 418 pp.
- MEIER, Bernd-Dieter (2015): *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg, Springer, 475 pp.
- MITSCHE, Wolfgang (2005): *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., Berlin/Heidelberg, Springer, 307 pp.
- MONTORO PUERTO, Miguel (1965): *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, Ediciones Nauta, 409 pp.
- MOREU CARBONELL, Elisa (1995): «Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente», *Revista española de Derecho administrativo*, 87, pp. 385-403.
- (1999): «Las especialidades del procedimiento sancionador en el orden social y para la liquidación de cuotas de la Seguridad Social. ¿Excesos en la potestad inspectora?», *Actualidad Laboral*, 19, pp. 367-381.
 - (2014): «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en M.ª Teresa Alonso Pérez (directora), *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, pp. 369-420.
 - (2019a): «El acto administrativo. Concepto, tipología, eficacia y ejecución», en Pablo Menéndez/Antonio Ezquerro (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, pp. 301-332.
 - (2019b): «La responsabilidad patrimonial de la Administración», en Pablo Menéndez/Antonio Ezquerro (directores), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, pp. 835-868.
 - (2020): «Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho», *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, vol. 1, pp. 313-362.
- NICOLÁS LUCAS, Asunción (2018): «A vueltas con la disciplina universitaria: un vestigio histórico que es necesario superar», en Alejandro HUERGO LORA

- (director), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, pp. 129-178.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2012): *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 611 pp.
- PALAO TABOADA, Carlos (2008): «El derecho a no autoinculparse en los procedimientos tributarios. Revisión de la doctrina a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, editado por El Justicia de Aragón, volumen II, 1755-1778.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1972): «El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública*, 67, pp. 41-93.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2020): «Control de los riesgos sanitarios de la COVID-19 mediante la regulación de conductas: enseñanzas del caso español», *Revista Foro FICP*, 3, pp. 50-76.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2020): *Lecciones de Derecho administrativo*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1520 pp.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio (2000): *El sistema sancionador. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona, Cedecs, 431 pp.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (2018): «Efectos de las normas jurídicas», en Pedro de Pablo Contreras (coordinador)/Carlos Martínez de Aguirre Aldaz/Miguel Ángel Pérez Álvarez/Mª Ángeles Parra Lucán, *Curso de Derecho civil (I)*, Volumen I, Madrid, Edisofer, pp. 171-185.
- PÉREZ ROYO, Fernando/ CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco M. (2019): *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 29ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 620 pp.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1991): «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *Revista de Administración Pública*, nº 126, pp. 253-293.
- «La potestad sancionadora de la Administración y las garantías constitucionales y penales», *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 3, pp. 49-68.
- RAMÓN RIVAS, Eduardo (2021): *Desobediencia, estado de alarma y COVID-19*, Tirant lo Blanch. 2021, 214 pp.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo (2010): *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 557 pp.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2010a): «Antijuridicidad», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 119-132.

- (2010b): «Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (Principios comunes y aspectos diferenciadores)», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 316-334.
 - (2019): en Manuel Rebollo Puig/ Diego José Vera Jurado (directores), «La actividad administrativa de limitación», en *Derecho Administrativo, III. Modos y medios de la actividad administrativa*, Tecnos, pp. 19-46.
- ROCA DE AGAPITO, Luis (2018): «Novedades acerca del sistema de sanciones penales para las personas jurídicas tras la reforma de 2015. Aproximación a los primeros pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo», en Alejandro HUERGO LORA (director), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel pp. 207-234.
- ROGALL, Klaus (2018): «§ 1», en *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, Herausgegeben von Dr. Wolfgang, 5. Auflage, pp. 73-76.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2016): «El concepto y los elementos del Derecho penal», en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Granada, Comares, pp. 3-19.
- ROXIN, Claus/ GRECO, Luis, (2020): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 5. Auflage, München, C.H. Beck, 1249 pp.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2001): *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales de lo injusto)*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 480 pp.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles/ URRUELA MORA, Asier (2016): «Las causas de irreprochabilidad», en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Granada, Comares, pp. 289 y ss.
- SANZ MORÁN, Ángel José (1986): *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 278 pp.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1996): «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, Fasc/mes 1, pp. 187-217.
- SILVA FORNÉ, Diego (2002): «Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador», en José Luis Díez Ripollés/ Carlos María Romeo Casabona/ Luis Gracia Martín/ Juan Felipe Higuera Guimerá (coordinadores), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo*, Tecnos, pp. 173-192.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.º ed., Madrid, Civitas, 167 pp.
- SUAY RINCÓN, José (1986): «El Derecho administrativo sancionador. Perspectivas de reforma», *Revista de Administración Pública*, 109, pp. 185-215.
- (2008): «La articulación de la doble respuesta penal y administrativo-sancionadora en el ámbito del derecho del medio ambiente», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, editado por El Justicia de Aragón, vol. II, pp. 2105-2125.
 - (2010): «Concepto de sanción administrativa», en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, pp. 165-177.
- URRUELA MORA, Asier (2016): «La culpabilidad», en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2º ed., Granada, Comares, pp. 257-270.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge (2011): «Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-02, pp. 1-42.
- (2016): «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en Carlos María Romeo Casabona/Esteban Sola Reche/Miguel Ángel Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2º ed., Granada, Comares, pp. 223-256.
- WELZEL, Hans (1969): *Das deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 594 pp.
- ZABEL, Benno, «Das Paradox der Prävention, Über ein Versprechen des Rechts und seine Folgen», en Jens Puschke/ Tobias Singelstein (Hrsgp), *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft*, Springen VS, Wiesbaden, 2018, 267 pp.

DEBATES Y COMENTARIOS

EXPROPIACIÓN DE TERRENO CON YACIMIENTO ARQUEOLÓGICO DE INTERÉS CULTURAL Y CON PREMIO POR EL HALLAZGO (*)

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA (**)

SUMARIO: I. DOS IMPORTANTES SENTENCIAS SOBRE LA CUESTIÓN ESTUDIADA: 1. La Sentencia contencioso administrativa del TSJ de Castilla La Mancha 599/2018.– 2. La Sentencia contencioso administrativa del TS 555/2020.– 3. Breve valoración de ambas sentencias. II. LAS AFIRMACIONES TANGENCIALES DE AMBAS SENTENCIAS SOBRE LA ESPINOSA CUESTIÓN DEL PREMIO POR EL HALLAZGO: 1. Origen y problemática regulación del premio por el hallazgo de bienes de interés cultural.– 2. El «premio legal», los principios civiles y el estado de la cuestión sobre los mismos.– III. RECAPITULACIÓN.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el presente trabajo se recogen y explican dos sentencias que reflexionan sobre cuál sea el objeto verdadero de la expropiación forzosa en el caso de yacimientos arqueológicos de interés cultural y sometidos a una protección legal específica a causa de dicho interés. El autor valora muy positivamente ambas sentencias, que son novedosas, y recuerda que en el año 1983 había hecho una propuesta de reforma legal en el mismo sentido. Se añaden también algunas reflexiones sobre el «premio» o recompensa que otorgan las leyes de patrimonio histórico artístico, o de patrimonio cultural, al dueño del lugar en que aparece un yacimiento arqueológico de interés cultural y lo mismo al descubridor de ese yacimiento.

Palabras clave: expropiación; propiedad privada; dominio público; hallazgo; premio o recompensa; yacimiento arqueológico.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 23 de febrero de 2021.

(**) Conocí a Luis GRACIA MARTÍN hace unos cuarenta y cinco años, cuando él estaba acabando su licenciatura y yo mi tesis doctoral. Luego, sin haber llegado a tener un trato asiduo, conseguimos mantener siempre cierto contacto, lograr bastante sintonía en la evolución de nuestras ideas y una relación fluida y amistosa. Me ha resultado doloroso su reciente e inesperado fallecimiento.

Land expropriation of an archaeological site of cultural interest and rewards involved

Abstract: This paper collects and explains two court sentences that provide an insight into the actual object of the forceful expropriation concerning archaeological sites with specific legal protection, such as cultural interest designation. The author gives a positive assessment of these sentences, both innovative, and recalls that as early as 1983 he made a proposal for a legal reform in the same direction. The research also provides considerations on the prize or reward assigned by the Artistic and Cultural Heritage Laws to the discoverer of the site and to the owner of the land where an archaeological asset is located

Key words: expropriation; private ownership; public domain; discovering; prize or reward; archeological site.

I. DOS IMPORTANTES SENTENCIAS SOBRE LA CUESTIÓN ESTUDIADA

1. La Sentencia contencioso administrativa del TSJ de Castilla-La Mancha 599/2018

Veamos de entrada las partes y los hechos de esta interesante Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha, de 28 de diciembre de 2018, que pueden localizarse en JUR-2019/58550, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. Constantino MERINO GONZÁLEZ; y Presidenta de Sala la Excmo. Sra. Raquel IRANZO PRADES.

Como demandante primero, en el recurso contencioso administrativo interpuesto ante el TSJ de Castilla La Mancha, figura el Ayuntamiento de Villar de Domingo García (VDG, en adelante), en la provincia de Cuenca; y como codemandante D. Calixto (1), propietario del terreno en el que él mismo había encontrado la Villa Romana de Noheda. En oposición al Recurso y como demandado aparece el Instituto de España.

Los hechos de partida de este pleito son los siguientes. Un acuerdo del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 7 de diciembre de 2011 había declarado Bien de Interés Cultural (BIC., en adelante) la Villa romana de Noheda. El Ayuntamiento de VDG recurrió contra el acuerdo

(1) Conviene que advierta al lector, que los hechos que se desprenden de la lectura de las dos sentencias que voy a comentar no están del todo claros en cuanto a la persona propietaria de la parcela rústica continente del yacimiento arqueológico y la villa romana contenida en el mismo. En la primera Sentencia de 2018 se alude habitualmente como codemandado y propietario a D. Calixto, y en la segunda Sentencia, la del TS de 2020, se alude como propietario de la parcela rústica y recurrente en casación a D. Celso. Alguna razón de Derecho civil debió existir para este cambio al que ninguna de las dos sentencias alude (pudo el segundo ser heredero, o causahabiente, p. e., del primero). Pero la advertencia conviene, dado que ambas sentencias tienen mucha complejidad.

de una Comisión de expertos formada con arreglo al art. 78 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF, en adelante), de fecha 15 de enero de 2016, por el que se fijó el justiprecio en procedimiento calificado de expropiación de la parcela rústica de ubicación del yacimiento arqueológico Villa Romana de Noheda, invocando en su favor el recurrente el art. 34-1º de la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Por su parte, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha dictó un Decreto de 20 de febrero de 2017, mostrando un cierto desacuerdo con el inicio del procedimiento, pero acordando que no iba a comparecer ni a personarse en el procedimiento judicial. En su Demanda el Ayuntamiento demandante solicitó la nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad del acuerdo de la Comisión de expertos de fijación del justiprecio de 15 de enero de 2016. En contestación a esta demanda el demandado, Instituto de España, opuso, en primer lugar, su falta de legitimación pasiva y, subsidiariamente, la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de VDG.

Se explica en el Fundamento Jurídico (FJ., en adelante) primero que la Real Academia de la Historia fijó el justiprecio en 6.000.000 €; la parte expropiada en 48.900.000 €; y la Administración en 4.400.000€.

El Ayuntamiento de VDG alegó que el acuerdo de la Comisión de expertos de la Real Academia de la Historia era falto de congruencia con el procedimiento, dado que el objeto de la expropiación era la parcela rústica y no el yacimiento arqueológico, y que el único dueño de la parcela era D. Calixto, codemandante en el procedimiento judicial, y quien invocaba el art. 34-1º, letra d, de la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. La valoración de la parcela, como rústica, fue hecha por D. Isidoro. Se entendió procedente recurrir al art. 78 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF, en adelante), y a la Comisión de expertos allí regulada, porque toda la parcela se había declarado Bien de Interés Cultural (BIC, en adelante) por acuerdo municipal de 4 de diciembre de 2011. El Ayuntamiento, aparte de este error fundamental (la Comisión incluyó el valor del yacimiento como objeto de la valoración) señaló en su demanda una serie de defectos formales, como falta de motivación suficiente e incumplimientos de plazos en la actuación de la Comisión de expertos. Alegaba el Ayuntamiento que, en suma, la Comisión de expertos había valorado lo que no debía valorar (el yacimiento con la Villa romana) y no había valorado lo que sí debió valorar (la parcela continente del yacimiento). Se alegaba a favor de esta interpretación la Sentencia contencioso administrativa del Tribunal Supremo (TS, en adelante) de 7 de enero de 1992, que había indicado que el procedimiento para fijar el premio del art. 44-3º de la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE, en adelante) era distinto del procedimiento expropiatorio.

En el FJ 2º la Sentencia del TSJ 599/2018 explica que el Instituto de España, en oposición a esos argumentos y en su contestación a la demanda,

basó su falta de legitimación pasiva en que se limitaba su competencia a nombrar un solo miembro, sobre tres, de la Comisión del art. 78 LEF; miembro que debía asumir la Presidencia, pero que el propio Instituto no podía controlar la actividad posterior y decisiones de esa Comisión. Sostuvo el Instituto que no tendría sentido que la Comisión de expertos valorara una mera parcela rústica, dada que no era esa su competencia específica. Sostuvo también el Instituto demandado que se debió acudir al art. 82 de la LEF. Y defendió que se debió demandar a la Comisión de expertos, entendiéndola dependiente de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que era la que, como deudora del premio por el hallazgo, veía en el procedimiento implicados sus intereses. Don Calixto, el propietario de la parcela continente del yacimiento, se opuso también a la estimación del recurso contencioso administrativo, desde la idea central de que era indivisible la parcela y el yacimiento y que, por tanto, juntos se debían valorar.

En el FJ tercero, la Sala considera parte legitimada pasivamente al Instituto de España por aplicación del art. 21.1º, letra a; de la LJCA y en consideración de que es una corporación de Derecho público y con personalidad jurídica, conforme a su normativa específica (arg. Decreto 1160/2010).

En el FJ 4º recuerda la Sala el Acuerdo de 7 de diciembre de 2011 del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que declara la villa romana de Noheda como BIC con categoría de Zona Arqueológica. Y en un anexo describe el Acuerdo el yacimiento como «compuesto por restos inmuebles de una villa romana con habitaciones de las que una al menos decorada con varios mosaicos, y que por los alrededores de esa antigua mansión existían “restos dispersos de materiales muebles”». El objeto y entorno de protección se describe por una línea que bordea varias parcelas y se publica igualmente el plano de la llamada «Zona Arqueológica Villa Romana de Noheda». El Decreto 31/2013, de 20 de octubre, reconoce de interés social el yacimiento para su expropiación forzosa, con apoyo en el art. 34-1º de la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Se cita como propietario a D. Calixto, y que de la extensión total de su finca solo son expropiables 4 hectáreas, 34 áreas y 28 centiáreas (hay aquí erratas que ahorro al lector). La finca se le notifica a D. Celso que es «la finca de ubicación» del yacimiento. Se cita también el art. 78 LEF y la resolución del Consejero de Educación de Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2014, designando como académico a D. Luis Miguel, lo que se comunica al Instituto de España.

Según la Sala, y esto, dentro de este FJ 4º, nos importa especialmente, a partir de este momento y que con el escrito o resolución de 27 de marzo de 2014 de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, «comienza la confusión» sobre lo que sea el objeto de la expropiación. Señala la Sala que se ve que en diversos documentos la Comisión de expertos del Instituto de

España se ha visto «influida por la confusión»; y que, debido a ello, lo que valora económicamente son los bienes BIC y no la finca continente, que era el verdadero objeto de la expropiación. En otro sentido, la Sala advierte que ambas partes atribuyen al hecho la condición de hallazgo de un inmueble cultural y que, a esos efectos, se cumplió el art. 40 de la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, poniéndose en conocimiento el hallazgo de la Administración competente. Señala la Sala, con evidente razón, que de hecho en el caso el órgano expropiante era el Ayuntamiento y no la Comunidad Autónoma, lo que hubiera resultado lo más normal.

En el FJ 5º, la Sala se limita a citar y transcribir una serie de preceptos legales que considera relevantes en la aclaración del supuesto que ha de resolver de diversas leyes o decretos, como la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 (LPHE, en adelante); el Decreto 111/1986, que reglamenta parte de la LPHE; la Ley 4/2013 del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha; y la LEF. Por las razones que veremos más abajo es reseñable que se señalen entre los preceptos relevantes varios de los correspondientes a la Ley autonómica 4/2013, de 16 de mayo, de Castilla-La Mancha.

En el FJ 6º la Sala rechaza que el incumplimiento de plazos u otros defectos formales invocados por el Ayuntamiento de VDG respecto de la actuación de la Comisión de expertos en la fijación del justiprecio fueran invalidantes. Y en el FJ 7º argumenta la Sala que el que la Comisión fijara el justiprecio en seis millones de euros y que ello pareciera poco a los recurrentes solo representa un juicio subjetivo irrelevante y no una vulneración del procedimiento general administrativo establecido.

El FJ 8º, de gran extensión, lo subdivide la Sala en cinco apartados diferentes. En el «Primero» de esos subapartados, afirma la Sala que es principal argumento de la impugnación del acuerdo de la Comisión de expertos de 15 de enero de 2016 la Sentencia del TS de 16 de julio de 2002 (RJ, 2002/7995), para fundar la presunción de acierto de las resoluciones de la Comisión de expertos formada con base en el art. 78 de la LEF; presunción de acierto que había sido expresamente reconocida, según la Sala, por la STS de 25 de julio de 1985, extendiendo a la Comisión de expertos la presunción de acierto que rige en los acuerdos de los jurados de expropiación. Esta última STS la cita ya en el subapartado «Segundo» del FJ. 8º. Pero sigue argumentando la Sala, allí mismo, que al Ayuntamiento recurrente ni le cabría integrar entre sus bienes el yacimiento arqueológico BIC, que es de dominio público, ni atribuirse la competencia administrativa para determinar la cuantía del premio del hallazgo. Reitera la Sala que la «confusión» se inició cuando intervino la Comunidad Autónoma en el nombramiento de uno de los miembros de la Comisión de valoración ex art. 78 LEF; y que la Comunidad Autónoma, aunque rechazó expresamente ser parte codemandada en el procedimiento judicial, no dejó

de mostrar su desacuerdo con la valoración aprobada por la Comisión de expertos. De los documentos deduce la Sala que en la propia Comisión de expertos hubo dudas y cierta confusión sobre quién era el expropiante y qué lo que tenía que expropiarse.

También rechaza la Sala, en este subapartado 2º, la idea del propietario de la parcela rústica, Don Calixto, de que la finca y el yacimiento arqueológico eran y formaban un todo indivisible, y que se debían valorar conjuntamente.

A partir de aquí, la Sala tiene que lidiar con un difícil argumento que le propuso el recurso contencioso administrativo y que fue la Sentencia SCA del TS de 25 de septiembre de 2002 (RJ, 2002/9781), que había enfrentado nada menos que un recurso de casación para la unificación de doctrina del artículo 96 de la LJCA de 1998. Este argumento le obliga a la Sala del TSJ de CLM a valorar en lo posible una serie de sentencias previas supuestamente contrarias a la limpia y razonable doctrina que la Sala estaba elaborando. En el FJ 8º, subapartado «tercero», por ejemplo, la Sala argumenta sobre algunas sentencias contencioso administrativas del TS, que habían sido alegadas por la parte recurrente como contrarias a la validez del acto administrativo impugnado y que son, en particular (2), las de fechas 10 de febrero de 1987, relacionada con la llamada Dama de Baza; la de 17 de enero de 1992, relativa a un pastor que descubrió casualmente con su bastón un mosaico y una villa romana en el campo (lo discutido en esta fue en esencia la cuantía del premio por el hallazgo); y la de 5 de diciembre de 1990, sobre revisión jurisdiccional de un

(2) Estudié sin gran profundidad, pero revelando lo esencial pertinente al caso, estas tres sentencias del TS en el «ejemplo» nº 19 de mi libro de 2013: 235 a 237. De las tres sentencias del TS citadas la más compleja de explicar bien, y la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha en su Sentencia 599/2018 no lo logró, en mi opinión, era la Sentencia del TS de 10 de febrero de 1987, que traía causa de la compleja Sentencia civil del TS de 22 de marzo de 1976 (RJ-1976/1425), Sentencia que había atribuido la propiedad privada de la llamada Dama de Baza, estatua hallada de gran antigüedad y valor, al dueño del terreno, aunque con posibilidad para el Estado de expropiarla, con base en las antiguas leyes de 7 de julio de 1911 y de 13 de mayo de 1933, leyes con regulación muy oscura y que llevó al TS, Sala de lo Civil, a la mencionada, y discutida en la doctrina, conclusión. El problema se planteó porque, en cumplimiento de la Sentencia civil, se le expropió al dueño la estatua por el justiprecio de 450.000 pesetas, y este señor recurrió, con toda razón, primero ante la Administración y luego dos veces ante los tribunales, para lograr al final, en la STS de 10 de febrero de 1987, un justiprecio de 30 millones de pesetas. El primero que estudió la Sentencia civil de 22 marzo de 1976 fue JL ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1976: 569 a 597). Pueden verse también mis trabajos de 1980: 657 a 661; y de 1993: 173 a 177. Ambos autores, aunque yo en segundo lugar, propusimos que hallazgos como la Dama de Baza fueran en el futuro, sin necesaria expropiación, propiedad por ley del Estado, como en efecto ocurrió a partir de la LPHE de 1985. Sobre la misma Sentencia civil citada *vid.* también, e igualmente crítico con la Sentencia de 22 de marzo de 1976, más recientemente, J.M: ALEGRE ÁVILA, 2008: 83-84. Obsérvese, por lo demás, que al ser la Dama de Baza bien mueble, es evidente que el supuesto es totalmente distinto del aquí estudiado.

expediente expropiatorio complejo que afectaba a una parcela y al llamado «Palación de Riquelmo» en la ciudad de Jerez de la Frontera, y aludiéndose a un «premio» por el hallazgo que parece idea muy forzada en el supuesto, aparte de que los hechos del caso se habían iniciado en 1981, antes de la vigencia de la LPHE de 1985 (3). En todos estos casos, y en algunos otros, la Sentencia de la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha 599/2018 aduce, con razón sustancial y con poca claridad (se arriesgó a transcribir literalmente trozos de la oscura STS de 25 de septiembre de 2002), que se trata de supuestos distintos al que debió decidir esa Sentencia de 25 de septiembre de 2002. Es claro que las SSTs citadas eran diversas y heterogéneas entre sí, y también respecto del caso estudiado por la propia STS de 25 de septiembre de 2002, y que, por eso, al no cumplir los rigurosos requisitos de homogeneidad en los pleitos que impone el art. 96-1º y 2º de la LJCA, estaba claro que la STS de 25 de septiembre de 2002 no tenía más remedio que desestimar, como con acierto hizo, para su supuesto, el recurso de casación para la unificación de doctrina.

El problema es que esta Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2002 era muy extensa y prolija, estaba bastante deficientemente argumentada y redactada, pese a llegar a un resultado práctico probablemente justo y sensato, y además tenía también un voto particular de dos magistrados muy prolijamente argumentado. Más argumentado que la misma Sentencia. Como he estudiado detenidamente esta STS en mi libro de 2013 citado en las notas, eximo al lector del esfuerzo de penetrar en el fárrago de esta STS y de su prolijo voto particular. Simplemente le explicaré que en ambos textos, las certeras ideas esenciales de nuestra Sentencia del TSJ-CLM de 2018 sobre la necesidad de valorar por separado el justiprecio de la finca rústica continente de un hallazgo arqueológico, el que por ley es siempre de dominio público e inexpropiable, y la determinación de la cuantía económica del yacimiento o del hallazgo a efectos del posterior cálculo del premio por ese hallazgo arqueológico además declarado formalmente BIC, brillan por sus ausencia en ambos farragosos textos judiciales.

Lo que ocurre es que nuestra Sentencia TSJ de CLM 599/2018 pretende apoyarse, para mejor fundar su certera doctrina, en la STS de 25 de septiembre de 2002, como si esta fuera su primer precedente. Se comprende el temor instintivo de los tribunales de todo tipo a llevar la contraria al TS y creo que algo de esto hay en esta parte de nuestra Sentencia de 2018, que es, por eso, la parte más floja de una sin duda buena y bien construida Sentencia. En realidad, la STS de 25 de septiembre de 2002 no fue precedente de la del

(3) Aludo y explico un poco esta compleja STS, de SCA, de 5 de diciembre de 1990 (RJ-1990/9909) en el «ejemplo» nº 19 de mi libro de 2013: 236-237, y 250-251.

TSJ-CLM de 2018. La STS de 2002 se refería a un yacimiento arqueológico conteniendo una Villa Romana denominada La Malena y declarado BIC en la población de Azuara, en la provincia de Zaragoza. La dueña de los terrenos impugnó el justiprecio fijado sobre las parcelas por el Jurado de EF en un recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Aragón, quien desestimó el recurso en su Sentencia de 28 de enero de 2000. Pero nos interesa aclarar que las formulaciones de las alegaciones de la dueña recurrente, así como la redacción del *petitum* de la demanda de su recurso contenciosos administrativo, más bien reclamaban que el yacimiento de dominio público se incluyera en la expropiación (para conseguir justiprecio más sustancioso, evidentemente) y que también en la petición de la demanda del recurso de casación para la unificación de doctrina se solicitaba que, en primer lugar, se anulara y casara la Sentencia recurrida del TSJ de Aragón, pero que, después, el TS declarase aparte, en su segunda Sentencia, el derecho de la recurrente a que el yacimiento arqueológico se incluyera en la relación de bienes y derechos afectados por la expropiación. Así que, aunque la STSJ Aragón de 28 de enero de 2000 limitara, con sus forzados argumentos, su fijación de justiprecio a solo la expropiación de las parcelas, excluyendo la cuestión del premio por el hallazgo, y consiguiera un resultado sensato, tuvo que hacerlo con una resolución, aunque no quisiera o supiera reconocerlo, bastante «incongruente» con lo que se le había solicitado. Y lo mismo la STS de 25 de septiembre de 2002. En suma, la Sentencia 599/2018 del TSJ-CLM introducía, con timidez excesiva, una innovadora y muy razonable doctrina contra toda la jurisprudencia anterior existente, que yo sepa, en una muy importante cuestión.

En fin, el Fundamento 9º de la Sentencia del TSJ-CLM y el Fallo de la misma estimaban el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de 15 de enero de 2016 de fijación del justiprecio por la Comisión de expertos formada conforme al art. 78 de la LEF, ello además sin imposición de costas a ninguna de las partes, dadas las importantes dudas que suscitaba el pleito.

2. La Sentencia contencioso administrativa del TS 555/2020, de 25 de mayo

En esta Sentencia de SCA del TS de 25 de mayo de 2020 (RJ 2020/1621) fue Ponente la Excm. Sra. Ángeles HUET de SANDE y Presidente de Sala el Excmo. Sr. Segundo MENÉNDEZ PÉREZ. El recurso de casación lo interpuso D. Celso, propietario de la finca rústica continente del yacimiento arqueológico Villa de Noheda, en escrito de 20 de septiembre de 2019, contra la Sentencia 599/2018 del TSJ de Castilla-La Mancha, solicitando la casación y anulación de dicha Sentencia. Demandados y personados en la tramitación del recurso lo fueron, como partes recurridas, el Ayuntamiento de VDG y el Instituto de España. No la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. El Auto de la

Sala del TS de 8 de julio de 2019, aparte de admitir a trámite el recurso y de identificar una serie de normas, en principio, aplicables al caso, estableció que la cuestión de si las dos valoraciones en cuestión debían hacerse separada o conjuntamente revestía «*interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*».

El *petitum* del recurso de casación solicitaba la anulación de la Sentencia recurrida; que se considerasen una serie de preceptos legales citados como aplicables o interpretables respecto de un «todo indivisible»; y que se confirmase la validez del acuerdo de justiprecio de 15 de enero de 2016 de la Comisión especial de expertos del art. 78 LEF. El Ayuntamiento de VDG se opuso al recurso de casación pidiendo que se desestimase y que se confirmase en todos sus términos la Sentencia impugnada y ello «con cuanto más proceda en derecho».

La Sentencia TS 555/2020 se abre con seis «antecedentes de hecho» que no interesa traer aquí, dado que o ya los he expuesto al inicio del trabajo o son los habituales en la iniciación de un recurso de casación regulado en la LJCA. El FJ primero de esta STS 555/2020 se inicia recordando diversos acuerdos administrativos, ya referidos en este trabajo, que pusieron en marcha el proceso expropiatorio de la finca continente del yacimiento arqueológico de la Villa romana de Noheda, entre los cuales se recuerda el del Ayuntamiento de VDG de 25 de noviembre de 2013 para la expropiación urgente, y en el que se especificaba que solo una parte de la finca de D. Celso se tenía que expropiar. Pero luego, siguiendo la explicación de la Sentencia del TSJ-CLM 599/2018, la Sala del TS afirma que se inició la «confusión», al aludirse a la «expropiación del yacimiento», en el documento de fecha 27 de marzo de 2014 en el que la Alcaldía de VDG, que había nombrado a D. Héctor como perito para la Comisión de expertos y eventual Presidente de la misma (art. 78 LEF) en acuerdo de 14 de abril de 2014, comunicó ese día 27 de marzo de 2014 al Instituto España dicho nombramiento. Según la Sala en otros documentos posteriores a esa fecha siguió ya instalada la «confusión», y finalmente ello condujo a que se terminara valorando económicamente el yacimiento arqueológico, lo que era improcedente, y que, en cambio, no se valorase la parcela rústica que era lo expropiable y, por tanto, lo de necesaria valoración económica para justipreciar. La «confusión» era grave porque afectaba, explica la Sala, con toda razón, al objeto de la expropiación; al órgano expropiante; al beneficiario de la expropiación; y a los derechos que correspondían al propietario de la parcela.

A continuación el FJ. primero de nuestra STS 555/2020 señala dos hechos que considera importantes en cuanto aceptados por las dos partes del procedimiento. Primero, que la Villa romana de Noheda fue un «hallazgo» y que se notificó a tiempo a la Administración conforme ordena la Ley 4/2013 de

Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha (art. 52). Los artículos de esa Ley de 2013 que establecen que son de dominio público los inmuebles de interés arqueológico descubiertos son el 49-1º y el 53. Y segundo, que el ente expropiante fue el Ayuntamiento de VDG.

A continuación el FJ primero, afirma que la «razón de decidir» de la Sentencia que examina, la STSJ-CLM 599/2018, se encuentra en los FFDD 7º y 8º de la misma, y aborda el estudio de la ya comentada STS de 25 de septiembre de 2002. Sigue con la valoración favorable de esta Sentencia de 2002 que había ya realizado la STSJ 599/2018, resumiendo como puede sus afirmaciones y sin recurrir ya, como aquella Sentencia, a transcribir literalmente gran parte de su oscuro contenido. Y da la impresión de que sin comprender del todo esa oscura Sentencia de 25 de septiembre de 2002, puesto que omite el dato clave de que en ella se dilucidaba un recurso de casación para la unificación de doctrina del art. 96 de la LJCA, dato decisivo para entender por qué razón había que analizar, o se entendió que debían analizarse, otras varias sentencias, la mayoría de las cuales partían de supuestos de hecho bastante diferentes al de la Sentencia TS de 25 de septiembre de 2002. En esa criticable línea, el FJ primero afirma que esta Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2002 es la que «mejor aborda» (*sic*) una problemática como la que la Sala tiene ahora ante sí, ya que se aceptó el justiprecio fijado por el Jurado de expropiación Provincial de Zaragoza de unas parcelas sin tener en cuenta ni reflejar en modo alguno el valor de los bienes arqueológicos que se encontraban en las mismas, que, se afirmaba en esa Sentencia de 2002, deberían ser tasados (en nuevo procedimiento, suponía) por la Comisión de expertos a que se refiere el art. 78 LEF. Y continuaba el FJ primero afirmando que tampoco el «Voto particular» de la STS de 2002 amparaba la posición del recurrente en casación. Afirmaba también que el «voto particular» se diferenció, entre otras razones, del Fallo de la STS de 2002, en que entendió la mayoría de la Sala que se debió fijar el valor del premio al hallazgo por la Comisión de expertos del art. 78 LEF, en un mismo y único (no en dos sucesivos) procedimiento administrativo, sugiriendo fórmulas técnicas para hacerlo, y advirtiendo que eran procedimiento separado y diferente del de la fijación del justiprecio.

Sin embargo, y como he explicado respecto de la STSJ 599/2018, este apoyo que busca otra vez nuestra STS 555/2020 en la STS de 25 de septiembre de 2002, creo que fue sustancialmente erróneo, dado que en ese complejo pleito, en esencia, la dueña de las parcelas continentales del hallazgo y yacimiento arqueológicos que contenía la Villa romana de La Malena en la localidad zaragozana de Azuara se empeñó ante la Administración, luego ante el TSJ Aragón (sentencia de 28 de enero de 2000), y finalmente ante el TS, y mediante el complejo mecanismo de un recurso de casación para la unificación de doctrina, en que se la indemnizase como y con justiprecio por unos bienes que eran de dominio público por ministerio de la ley (el yacimiento

y el hallazgo inmueble arqueológico: art. 44-1º LPHE) (4) y no de su propiedad, y ni la Administración, ni la STSJ de Aragón, ni la STS de 25 de septiembre de 2002, ni su trabajado «voto particular» supieron explicar en sus motivaciones, clara y directamente, que esto era un absurdo. Se llegó a una solución sensata pero dando complejos rodeos, perdida la Sala en vericuetos de las similitudes o disimilitudes de varias sentencias no estudiadas suficientemente a fondo, y sin ver o diagnosticar nunca con claridad el núcleo conceptual del problema jurídico decisivo. Por eso esta parte del FJ primero es la parte más floja de una STS que es, por lo demás, francamente buena y convincente.

Ya dejando atrás la STS 555/2020 los mencionados y complejos razonamientos de la STSJ-CLM 599/2018, su FJ primero invoca el Decreto 1492/2011 que contiene el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo con alguna alusión (art. 17) a terrenos con valores arqueológicos y sus especialidades. Y su FJ primero rechaza también, con razón, el argumento del recurso de casación de que el Ayuntamiento de VDG hubiera ido contra sus propios actos al impugnar el acuerdo de valoración de la Comisión de expertos, desde la consideración de que dicho Ayuntamiento quizás cometió un error en cuanto al órgano competente para la expropiación, pero que, al menos, al principio, dejó claro que lo que pedía que se valorase era exclusivamente un terreno rústico continente de una Villa romana de valor arqueológico y cultural.

El FJ segundo de la STS 555/2020 se limita a determinar que existe en el caso «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», e identifica una serie de normas y preceptos relevantes que inciden en la solución del caso.

El FJ tercero de la STS 555/2020 resume los argumentos del escrito de interposición del Recurso de casación por D. Celso, propietario de la finca rústica continente del yacimiento «interesante». Primero, se insiste en la unidad indivisible material y jurídica del yacimiento con la villa romana y la parcela rústica continente. Segundo, se alega que no se ha destruido la presunción de legalidad de los acuerdos de la Comisión de expertos constituida conforme al art. 78 LEF. Se invocan con insistencia, relacionándolos con la mencionada idea de indivisibilidad del inmueble único, los arts. 14, 15-5º y 18 LPHE, precepto este último, con una alusión a la protección del entorno del yacimiento, en que se insiste reiteradamente. Se invocan varias sentencias del Tribunal Supremo. Se argumenta que la idea de la indivisibilidad del inmueble único favorece la

(4) Debe citarse el art. 44-1º de la LPHE de 1985, dado que, aunque cuando se dictó la STS de 25 de septiembre 2002 ya estaba vigente en Aragón la Ley 3/1999, de 10 de marzo, sobre Patrimonio Cultural de Aragón, cuyos artículos 65-2º y 69 afirmaban lo mismo que el art. 44-1º de la LPHE y lo desplazaban, esta ley de 1999 no era retroactiva y el pleito se había iniciado en los primeros años noventa. Las dos sentencias sobre el caso de 2000 y de 2002 lo presuponen tácitamente.

protección de las Administraciones públicas y el mantenimiento de la «obra artística» (*sic*: cultural, sería acaso mejor decir). Se invocan los artículos 15-5º LPHE, una vez más, sobre el concepto de «Zona arqueológica» y el art. 9-1º LPHE, sobre la protección debida a los Bienes declarados de Interés Cultural (BIC). Se invoca violación de los artículos 76 y 78 de la LEF y 92 y 96 del Reglamento de EF. Finalmente se invocan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) de 31 de julio de 2007 (TEDH, 2007, 49), recurso 2334/2003, caso Kozacioglu contra Turquía; y de 21 de febrero de 2008, recurso 353321/2005 (PROV, 2008, 54787), caso Anonynaos Touristiki Etairía contra Grecia (5).

El FJ 4º de la STS 555/2020 recoge resumidamente los argumentos de los demandados en la casación, el Ayuntamiento de VDG y el Instituto España, contra don Celso, recurrente en casación contra la STSJ-CLM 599/2018. Primero, se alega, con carácter previo, que el recurso de casación pertinente era el autonómico y no el estatal, porque la *ratio decidendi* de la Sentencia recurrida se basaba en norma autonómica, como lo era el art. 34-1º, letra d, y 2º de la Ley 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Segundo, el recurso contiene un «contrasentido» al pretender con la idea de la indivisibilidad del inmueble en su conjunto que la Administración autonómica expropie un bien que ya es suyo, al ser por ley de dominio público. Tercero, había infracción del art. 92-3º de la LJCA de 1998, porque en el escrito de interposición del recurso de casación se citaban Sentencias no citadas antes en el escrito de preparación del propio recurso de casación. Cuarto, contesta el escrito que las infracciones legales pretendidas en el recurso se sitúan en un terreno abstracto ajeno a lo decidido en la STST-CLM de 2018. De los arts. 9, 14 y 15-5 LPHE no se deduce la indivisibilidad pretendida y tampoco lo es la inseparabilidad de su entorno del art. 18 LPHE, relativa a los elementos muebles integrados en un inmueble protegido y que prevé una excepción que precisamente es la que tiene un procedimiento especial de valoración. Quinto, no se acepta que la Sentencia de 2018 impugnada sea de verdad contraria a la STS de 22 de julio de 2009; a la STS de la Sala 1º, de 30 de abril de 2009; a la STS de 30 de octubre de 2018; a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de noviembre de 2017 (AC, 2017/1478), o a la STS de 17 de enero de 1992, ya vista esta al referirme antes a la oscura STS (SCA) de 25 de septiembre de 2002. Sexto, las sentencias del TSJ de Galicia de 17 de febrero y 25 de mayo de 2010 invocadas en el recurso parten de la Ley de Patrimonio Cultural gallega que tiene regulación distinta de la aplicable

(5) Ambas Sentencias del TEDH citadas en el texto están comentadas y valoradas, junto a la Sentencia promovida por el propio ciudadano Kozacioglu contra Turquía, Sentencia de la Gran Sala, de fecha 19 de febrero de 2009, en (J. BARCELONA LLOP, 2015: 139 a 141; 155 a 158; y 160 a 164).

y contenida en el art. 34-1º, letra d, de la L 4/2013 de Castilla-La Mancha. Y séptimo, las Sentencias citadas del TEDH solo se enuncian sin analizarlas ni extractarlas, por lo que son inaplicables, además de versar sobre el tema diverso de los derechos humanos.

El FJ 5 de la STS 555/2020 es muy extenso y en el mismo se recogen agrupadas por letras, que voy a respetar en mi exposición, las razones por las que la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por D. Celso, propietario de la finca rústica continente del yacimiento arqueológico que contiene la Villa Romana de Noheda.

A) Se desestima la objeción con carácter previo de que la vía procesal adecuada hubiera sido la del recurso de casación autonómico y no la del recurso de casación estatal, por haberse debido aplicar, según la Sala, diversas leyes estatales como la LPHE, la LEF, etc. Y no considera la Sala infringido el artículo 92-3º, letra a, de la LJCA, porque no está prohibido invocar en la interposición del recurso de casación sentencias diversas de las alegadas en el escrito de preparación del mismo recurso.

B) La Sala ofrece una serie de precisiones a la alegación de la indivisibilidad del bien cultural aducida por el recurrente, pues entiende que las consecuencias que este extrae de esa idea no son admisibles. Se trata de dos bienes inmuebles distintos y con distinto dueño (arts. 334 CC y 14-1º LPHE) a lo que no afecta la indivisibilidad fáctica de ambos inmuebles. Y entiende la Sala que tampoco la declaración de BIC altera la titularidad jurídica de esos bienes. La categoría de BIC y de zona arqueológica (arts. 9 y 14-2º LPHE) del yacimiento de la villa romana de Noheda, llevada a cabo por el Acuerdo de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 7 de diciembre de 2011 atrae sobre sí una regulación sectorial y protectora de la Ley 4/2013 del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, pero mantiene intactas las dos titularidades privada y pública. Se crea por ley una regulación protectora del BIC y diferente de la del CC basada en el principio *superficies solo cedit* (arts. 350, 351 y 358 y ss. CC). Se da la construcción legal de todo un régimen jurídico protector basada en la imposición legal del carácter de dominio público del bien legalmente protegido. La Zona Arqueológica (art. 14-2º LPHE) y el art. 11-2 de la misma LPHE sobre la delimitación del entorno no son sino partes de ese régimen legal protector creado por el legislador.

C) El art. 44-1º LPHE y su dominialización o demanialización implicó una delimitación general por el legislador no indemnizable. Una privación singular no indemnizable. El «premio» por partes iguales que atribuye el artículo 44-3º LPHE no es una indemnización por privación singular alguna. Del art. 80 de la LEF no cabe extraer la conclusión de que el precepto convierta el premio (y la STSJ de CLM recurrida de 2018, añade la Sala, también lo señaló) en indemnización por privación singular o expropiación forzosa.

D) Sentadas esas premisas, y como razona la STSJ de 2018 impugnada, cuyo planteamiento sustancial comparte la Sala, el objeto de la expropiación no podía ser sino la parcela rústica y así se desprendía del Decreto 39/2013, de 20 de octubre, por el que se reconoce el «interés social», a efectos de la EF del yacimiento. El yacimiento mismo es inexpropiable por naturaleza (arg. art. 132-1º Constitución). Por lo que la valoración separada de la parcela rústica es perfectamente posible.

En cuanto a las varias sentencias citadas en apoyo de su recurso por el recurrente, la Sala las va enumerando y afirma de todas ellas que no guardan relación con el supuesto en el procedimiento discutido, refiriéndose las mismas a asuntos diversos. La Sentencia de la Sala 1º del TS de 30 de abril 2009 trata de un caso de comunidad *pro indiviso* romana de los arts. 392 y ss. CC (y art. 404 para su disolución). La S- SCA del TS de 22 de julio 2009 resolvió un caso en el que se cuestionaba la naturaleza inmueble de dos bienes concernidos por la declaración de BIC, en un conjunto escultórico formado por el dolmen de Dalí. La S-SCA de 30 de octubre 1992, sobre un mosaico descubierto por un pastor e integrado en la villa romana de Carranque, caso ya aludido en este trabajo, se refería esencialmente a las dudas sobre la fijación de la cuantía del premio por el hallazgo casual de esa villa romana (prevalció el cálculo sobre el valor económico de la extensión total de la villa y no solo sobre el de la parte inicialmente descubierta por el pastor). La S. Sala 1º de 30 de octubre de 2018 sobre pinturas murales de la Universidad de Salamanca (RJ-2018/4735) tampoco contemplaba el supuesto del pleito tramitado. Y en cuanto a las Sentencias del TEDH de 31 de julio de 2007 o la de 21 de febrero de 2008 no eran relevantes para el caso, al referirse ambas al cuestionamiento de la procedencia de indemnizar el valor cultural que tiene un bien de propiedad privada cuando el mismo se expropia.

Concluye la Sala este subapartado afirmando, lo que acaso quiere englobar a todos los casos y sentencias aludidas, que de lo que se trata es de que la declaración de BIC y la relación de indivisibilidad de los inmuebles sobre los que recae esa declaración administrativa no comunican al terreno sobre el que se asienta el yacimiento el valor de este último de bien de dominio público.

E) Explica la Sala que no obsta a lo anterior que uno de los factores que debe considerarse en la valoración del terreno rústico sea el de su localización como terreno que por su valor arqueológico es objeto de protección por la legislación aplicable (art. 17 RD 1492/2011), Decreto por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo. Y por ello su valoración corresponde al jurado de expropiación a través de las normas ordinarias de la EF, sin que sea necesaria la intervención de la Comisión de expertos regulada en el art. 78 de la LEF, pues las especialidades procedimentales de los artículos 76 y siguientes de la LEF se refieren solo al hallazgo o yacimiento arqueológico.

Aludiendo aquí al art. 44-3° sobre el premio por el hallazgo de la LPHE. Y termina el subapartado la Sala afirmando que esta explicación de la posible valoración separada del terreno continente y del yacimiento arqueológico de dominio público, con competencias diferenciadas (Jurado de expropiación y Comisión de expertos), «había sido ya admitida por esta Sala en su Sentencia de 25 de septiembre de 2002 (RJ n° 9781) y esa valoración separada no se cuestionó tampoco en el voto particular», y añadía que *«como detenidamente se analiza en la Sentencia de instancia»*.

F) Vuelve la Sala, para concluir que analizaron supuestos distintos y no deben tenerse allí en cuenta por tanto, a considerar las Sentencias del TSJ de Galicia de 17 de febrero 2010 (PROV-2010/133511) y de 25 de mayo de 2010 (PROV-2020/330017).

G) En este último subapartado del extenso FJ. quinto la Sala se limita a anticipar el Fundamento Jurídico séptimo y el FALLO de la Sentencia, desestimando el recurso de casación interpuesto por D. Celso; confirmando la S TSJ de Castilla-La Mancha 599/2018, de 28 de diciembre, impugnada; y quedando nulo el Acuerdo de la Comisión de expertos de la fijación del justiprecio de fecha 15 de enero de 2016; y sin imposición de costas a ninguna de las partes, dadas las serias dudas que entiende que planteó el supuesto.

Fundamento de Derecho Sexto. Interpretación que fija esta Sentencia. La cuestión sobre la que existe *«interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia»* debe responderse en los siguientes términos: *«Cuando se expropia por un Ayuntamiento un terreno donde se ubica un yacimiento arqueológico declarado bien de interés cultural como zona arqueológica por la Administración autonómica, procede la valoración separada del suelo o terreno de ubicación a través de las normas ordinarias del procedimiento de expropiación de que se trate, valorándose el terreno por el jurado de expropiación por la condición del suelo, sin perjuicio de que pueda reclamarse de la Administración titular del yacimiento el premio que corresponde al propietario y al descubridor del hallazgo, de naturaleza no expropiatoria, cuya valoración habrá de realizarse por la comisión de expertos prevista en los artículos 78 y 80 LEF»*. Las ideas que condensa el párrafo son acertadas, aunque la complejidad de este caso en el que concurrían tanto inmuebles antiguos «interesantes» como muebles dispersos «interesantes», hubiera permitido también, en mi opinión, distinguir que, en la LPHE, hay como tres círculos concéntricos: la amplia «zona arqueológica» que puede seguir siendo mayormente de propiedad privada; el «yacimiento arqueológico», que manteniendo de inicio su propiedad privada se supone destinado expropiarse y a ser propiedad «patrimonial» de la Comunidad Autónoma o de un municipio; y los mismos bienes inmuebles ocultos e «interesantes» para el PHE y que,

incrustados en el «yacimiento», son los únicos inmuebles de estricto dominio público por ministerio de la ley (art. 44-1º LPHE). La declaración de BIC alcanzará normalmente a los dos últimos inmuebles, pero puede alcanzar también a la más amplia Zona Arqueológica, gozando la Administración, en esto, de cierta discrecionalidad. Y el desarrollo de las excavaciones, que puede durar décadas, puede ir alargando o ampliando, con nuevas declaraciones administrativas, este triple círculo descrito.

3. Breve valoración de ambas sentencias

Estas dos sentencias resumidas y estudiadas, la S TSJ-CLM 599/2018 y la S-SCA-TS 555/2020, tienen una doctrina esencialmente acertada y muy necesaria, además de novedosa, como he adelantado, pese a que se nieguen ambas a reconocerlo (con argumentación más prolija la primera y más breve y remitiéndose a la anterior, la segunda) y más bien se presenten como continuadoras de la STS contencioso administrativa de 25 de septiembre de 2002 (RJ-2002/9781). No lo son, como he explicado, y esa anterior STS de 2002 que se invoca era muy diferente, oscura y poco convincente. De modo que ese intento de apoyarse en esta anterior Sentencia del TS de 25 de septiembre de 2002 es, como ya he adelantado, una de las principales deficiencias, acaso comprensible desde la óptica de los magistrados de las dos Salas, temerosos de sentar una doctrina contraria a la que ya tuviera declarada el TS (*vid.* sobre ello el art. 93, apartados 2º, letra c, y 4º, de la LJCA, que hace desde luego fundado ese temor). Sin embargo, eso, cambiar la doctrina jurisprudencial, es lo que precisamente ambas sentencias hicieron y en lo que hicieron reside su principal mérito, antes que no en cómo lo presentaron, con excesiva timidez, que no llega a ser, por fortuna, inseguridad, por los muy robustos argumentos que se aportan. Si la jurisprudencia no es fuente del Derecho, conforme al tradicional dogma liberal algo erosionado últimamente, hay que celebrar que, de vez en cuando, los tribunales, puesto que no están estrictamente vinculados como norma por la jurisprudencia superior, se atreven a cambiar la doctrina anterior de los tribunales superiores y, en particular, también la del TS.

Al autor de este trabajo, la nueva doctrina jurisprudencial sobre los terrenos con yacimientos arqueológicos de interés cultural y con premio por el hallazgo, le produce especial satisfacción, dado que había propuesto hace casi cuatro décadas una redacción alternativa, creo que clarificadora de nuestro problema, a la redacción que había previsto, sin contemplar nuestro problema, el Proyecto de Ley de la UCD para la defensa del Patrimonio Histórico Artístico Español de 3 de septiembre de 1981 (arts. 51 y 52), Proyecto de Ley que partía de que los objetos o bienes inmuebles hallados de «interés histórico artístico» serían por ministerio de la ley, no de dominio público, como lo fueron

desde la LPHE de 1985, sino solo de «propiedad del Estado» (si se quiere, «propiedad patrimonial» del Estado) (6).

El precepto que propuse (art. 52-3º de mi Propuesta) fue el siguiente (7): «En cuanto a la adquisición del Estado de la *porción de terreno necesaria* para la adecuada conservación o utilización del inmueble antiguo descubierto se estará a lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa, *determinándose en todo caso el valor del terreno con abstracción de las ruinas o monumentos descubiertos*. El dueño del terreno tendrá derecho a que la expropiación alcance a su finca íntegramente, cuando el acondicionamiento y *nuevo destino de la parte de terreno que contenía las ruinas* suponga una merma sustancial del total aprovechamiento del inmueble, que lo deje insusceptible de un aprovechamiento razonable desde el punto de vista económico». La cursiva es mía. Debe ser claro que si la propiedad de un inmueble de interés cultural se hace de propiedad del Estado por ministerio de la ley, y da igual a estos efectos que si propiedad patrimonial o de dominio público, esa parte del inmueble, que ha dejado de ser de propiedad privada, debe sacarse o extraerse del objeto propio de la expropiación. El inciso segundo de esa propuesta del art. 52-3º atendía a un problema cierto que no me había inventado yo, sino que ya estaba contemplado en el aún vigente art. 23 de la LEF. El precepto propuesto, ni otros que lo acompañaban, no se recogió en la LPHE de 1985, pero acaso hubiera evitado las serias dificultades que la jurisprudencia, como puede verse en este trabajo, ha encontrado durante varias décadas en el problema aquí analizado.

Una segunda objeción sería que cabe hacer a las dos sentencias aquí examinadas, sobre todo a la STS 555/2020, es que se han apoyado más en la LPHE de 1985, que acaso era solo supletoria y no directamente aplicable al supuesto decidido, que en la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha, ley que parece era la aplicable al caso y de aplicación preferente, dado que entró en vigor, como ley esencialmente irroactiva además, a los veinte días de su publicación, y que todos los hechos más relevantes del supuesto de hecho de este pleito se inician desde el acuerdo de 15 de enero de 2016, el impugnado en el primer recurso contencioso administrativo, en adelante. La afirmación no es, con todo, segura, dado que la declaración de BIC de la villa romana es cierto que procede de un acuerdo

(6) Este importante antecedente histórico de 1981 de la actual LPHE de 1985 lo ha recordado y valorado recientemente, con buen sentido, así como también la propuesta un poco como alternativa al Proyecto de 1981 que yo formulé en 1981-1983, M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, 2020: 74 a 81; y 81 a 84.

(7) Puede verse ese precepto en mi trabajo de la REDA de 1983: 261 a 270; y en mi libro de 2013: 253-254. El precepto lo ha recogido también recientemente M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, 2020: 83.

administrativo de 7 de diciembre de 2011, anterior a la Ley 4/2013, pero acuerdo previo que no fue impugnado ni parece corresponder al meollo de este pleito. La Disposición transitoria tercera de la Ley autonómica 4/2013, de 16 de mayo, establece una retroactividad en principio limitada a solo la «tramitación» de los expedientes de BIC, y por tanto no a todo lo demás (art. 2-3° CC), como los mismos efectos y régimen de esa declaración BIC. Según su texto: «*Los procedimientos de declaración de bien de interés cultural iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa en virtud de la cual se iniciaron*». Esa normativa era la de la Ley 4/1990 (arts. 6 a 9), pero ya se ve que la transitoria transcrita se refiere a expedientes en tramitación al entrar en vigor la Ley 4/2013, pero no a los ya resueltos en tal momento, como el de nuestro caso (Acuerdo de 7 diciembre 2011), que parecen quedar bajo la aplicación de la Ley 4/2013.

Vale la pena describir con algún detalle esta característica de nuestras dos sentencias, sobre todo y en sus FFDD 4° y 5°, de la STS 555/2020. Esta última STS invoca el art. 9-1° de la Ley estatal de 1985 sobre la declaración de bienes de Interés cultural, pero eso mismo lo declara también, en esencia, la Ley autonómica de 2013 en sus artículos 1-3°, 8, y para yacimientos arqueológicos en el art. 9, letra a, apartado 2°. También invoca la STS los arts. 11-2°, 14, 15-5° y 18 de la LPHE estatal, que tratan de aspectos de la protección a los yacimientos arqueológicos u otros bienes culturales inmuebles; de la protección cuando se da la llamada «Zona arqueológica» y de la protección al «entorno» del yacimiento arqueológico de valor cultural declarado administrativamente. Pero esas mismas soluciones jurídicas están también propuestas en los artículos 8-5° y 37 de la Ley autonómica de 2013. Y la STS casi siempre relaciona la expropiación con preceptos de la estatal LEF de 1954, pero la necesidad de que se declare el «interés social» para la expropiación del yacimiento arqueológico de interés cultural está establecida en el art. 34 de la Ley autonómica de 2013, que en su apartado 2° reconoce capacidad expropiatoria de bienes culturales a los entes municipales, aunque como supuesto algo excepcional. Y que el yacimiento inmueble y de interés cultural es por ministerio de la ley y automáticamente de dominio público, lo afirma la Ley autonómica de 2013 en sus artículos 49-1° y 53, preceptos acaso aplicables en la solución del caso, y no citados por la STS, que cita en su FJ quinto, letra C, el art. 44-1° LPHE, formalmente desplazado acaso por los citados preceptos autonómicos. En fin, en sus escasas referencias al «premio» por el hallazgo, la STS se refiere más de una vez al art. 44-3° de la LPHE, pero precepto similar a ese, ligeramente retocado en su redacción, está también en el artículo 52, apartados 6° y 7°, de la Ley autonómica de 2013, que podrían verse como reglas de aplicación preferente. Y en materia de infracciones y sanciones administrativas, la Ley autonómica 4/2013 tiene una amplia regulación (arts. 72 a 82), que también parece desplazar la regulación sobre lo mismo de la LPHE (arts. 75 a 79).

Todo lo recordado podría haber sido relevante dado que la inadmisibilidad del recurso de casación estatal sí se había planteado y fue contestada, en sentido desestimatorio, por el FJ quinto, letra A, como he indicado anteriormente, de la STS 555/2020. El Ayuntamiento de VDG había planteado esta objeción procesal, aunque no al parecer en el escrito de oposición al recurso de casación, y a la vista de lo aquí recordado, se ve que esta objeción tenía un cierto fundamento. Como el recurso de casación estatal ante la JCA requiere «*infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora*» (art. 86-4º LJCA), la verdad es que la argumentación de la STS para aceptar la admisibilidad del recurso de casación parece un tanto discutible, dado que muchas de las normas estatales que invoca y aplica la STS es dudoso que hubieran sido invocadas «oportunamente» por el TSJ-CLM en su Sentencia 599/2018; o que hubieran sido las realmente objeto de «*infracción*» esas normas estatales acaso ya solo supletorias y no otras autonómicas que podrían haber sido las de verdad vigentes y de preferente aplicación.

La STS alegó, en su FJ 5º, letra A, que las cuestiones esenciales del pleito estaban reguladas en la legislación estatal sobre expropiación forzosa y sobre infracciones normativas (¿?) y adornó su argumento con alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 37/1987; 49/1984; y 17/1991). Pero lo cierto es que cuestiones esenciales del pleito, o algunas de ellas, estaban también reguladas en la preferente Ley 4/2013 de Castilla-La Mancha, por mucho que la STS se olvidara en sus argumentaciones en buena medida de ello. No es indefendible, con todo, que desde una concepción muy atenuada de la irretroactividad de la Ley autonómica 4/2013 se diera por bueno lo que la STS 555/2020 defendió. Que el momento del hallazgo (finales de 2010 o principios de 2011) de la villa romana de Noheda sea el momento decisivo tanto para la dominialización a favor del Estado de ese bien inmueble oculto «interesante» para el PHE, o incluso de la adquisición de los «derechos» al premio legal, a mí me parece defendible y aun preferible, ya que se trata de adquisiciones de derechos, que es duro modificar o limitar por leyes sobrevenidas y más bien adjetivas a ese momento decisivo. Pero la Sala no pareció consciente del problema y no se esforzó lo suficiente en argumentar esa atenuada irretroactividad. Con eso puso en peligro, desde esta vertiente procesal, la buena, clarificadora y socialmente muy necesaria doctrina que la STS introdujo y sentó además como de «*interés casacional para la formación de jurisprudencia*».

Una mínima alusión merece también la desestimación de dos sentencias del TEDH de fechas 31 de julio de 2007 y de 21 de febrero de 2008. La STS rechaza el argumento dado que simplemente se alegan sin alusión ninguna a su contenido, lo que es cierto en principio y hasta aparece razonable como respuesta a un argumento tan vago. Además, la Sala alega, en el FJ quinto, que

ambos supuestos se refieren solo a expropiaciones de propiedades privadas, lo que parece cierto. Pero hoy debe tenerse en cuenta que, a la vista del vigente 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1985, introducido por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, si alguien encontrara una sentencia del TEDH sobre un supuesto como el analizado en este trabajo y con doctrina claramente contraria a la sostenida por la STS 555/2020, podría interponer un recurso de revisión contra la citada Sentencia para ponerla acorde con la doctrina hipotética (inverosímil, también, según creo) del TEDH (8). En relación a la jurisprudencia del TJUE véase art. 4 bis de la LOPJ.

II. LAS AFIRMACIONES TANGENCIALES DE AMBAS SENTENCIAS SOBRE LA ESPINOSA CUESTIÓN DEL PREMIO POR EL HALLAZGO

1. Origen y problemática regulación del premio por el hallazgo de bienes de interés cultural

Las dos sentencias comentadas, la STSJ 599/2018 y la STS 555/2020, hacen algunas alusiones al «derecho» al premio que reconoce la ley, y mencionan el art. 44-3º LPHE cuando acaso debieron mencionar el art. 52-6º y 7º de la Ley autonómica 4/2013 de Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha. Y reconocen ese «derecho» con toda naturalidad, pese a que, como vamos a ver, está un tanto discutido y poco apreciado, cabría afirmar, en ciertos sectores de la Administración responsable de la protección cultural y de la jurisdicción con-

(8) Nada parecido creo que exista entre la muy abundante jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de propiedad y que estudió bastante a fondo en un libro publicado en 2013, antes de la reforma de 2015 de la LOPJ, J BARCELONA LLOP, presentando una valiosa síntesis de la muy abundante doctrina emanada del TEDH sobre el derecho de propiedad. *Vid.* del autor su libro, 2013, *in totum*, 268 pp. Y para la Sentencia invocada con poca razón en nuestro asunto del TEDH de 21 de febrero de 2008 el mismo libro (2013: 184). La Sentencia aludida en el texto de este trabajo de 31 de julio de 2007 sí que presenta un parecido remoto a lo aquí estudiado, dado que en la misma, el TEDH estimó la demanda del ciudadano turco Kozacioglu contra Turquía, reconociéndole una indemnización equivalente a 75.000 euros, más 1000 euros en concepto de costas, por una expropiación de un inmueble de valor cultural en la que se le pagó un justiprecio insuficiente, al no haber considerado las autoridades y la justicia turca, apoyados en un precepto de Derecho interno que les daba cierta base para ello, la antigüedad del inmueble, que el TEDH entendió, por cuatro votos contra tres, daba base suficiente para la mencionada indemnización. Para una reflexión de largo aliento sobre la influencia del TEDH y del Tribunal de Justicia de la UE en las fuentes del Derecho español (L. MARTÍN RETORTILLO, 2004, *in totum*, y para la Sentencia allí comentada del TEDH de 23 de noviembre de 2000, sobre el derecho de propiedad: 96 a 101). Después de los trabajos citados se publicó la importante Ley 25/2014, 27 noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que incide pero supera el ámbito de los derechos fundamentales. Según esta Ley, en la línea de lo que la práctica dictaba, los tratados ratificados y publicados en el BOE tienen preferencia, en principio, sobre las normas del Derecho interno de los Estados miembros.

tencioso administrativa. Por de pronto, si es un «derecho» legalmente reconocido, al menos habría que admitir que la Administración, cuando se producen estos hallazgos de bienes de interés cultural, debería entregar esos premios de oficio, para cumplir la ley, y sin necesidad de que los interesados se los soliciten, ya que cabe que los interesados desconozcan que la ley les reconoce esos derechos y la Administración está sometida a la Ley y al servicio de los ciudadanos.

Otra cosa es, por el principio dispositivo que rige el procedimiento judicial en un pleito, que si no se solicita por los interesados, como ocurrió en nuestro supuesto, en el que el propio dueño de la finca había sido también el descubridor, pueda omitir la Sala pronunciamiento judicial sobre la cuestión, como en efecto hizo y advirtió expresamente la STS 555/2020 en su FJ primero. Y también en el FJ quinto, letra E, la STS insiste en que si se hubiera pedido el premio basado en el art. 44-3º LPHE, lo que afirma que no es «procedimiento expropiatorio», la competencia para valorarlo económicamente sí que hubiera correspondido a la Comisión de expertos regulada en el art. 78 de la LEF. Pero no fue ese el caso, por falta de reclamación en el *petitum* del procedimiento judicial. Y es interesante y razonable lo que añade la STS a continuación: que de haberse solicitado el premio, nada hubiera impedido que ambos procedimientos, el de la expropiación del terreno y el de la cuantificación del premio, hubieran podido llevarse a cabo de forma acumulada (art. 73 de la antigua Ley 30/1992, y actualmente art. 57 de la Ley 39/2015), valorando el jurado de expropiación el terreno rústico y la Comisión de expertos el «premio», si la acumulación hubiera sido factible (v gr., añade todavía, «por ser la misma la Administración expropiante y la titular del bien de dominio público, cuyo hallazgo es objeto del premio por ser a la que corresponde su abono, circunstancia que tampoco se da en este caso, y así los señala también la Sentencia de instancia»). Y es curioso notar que esta razonable idea de resolver en lo posible los dos procedimientos simultáneamente era una de las ideas acertadas del Voto particular antes mencionado sobre la oscura y discutible STS de 25 de septiembre de 2002. Observe el lector que todo el esfuerzo administrativo y judicial realizado sobre la Villa Romana de Noheda de unos cinco años, al quedar anulado el acuerdo de la Comisión de expertos del art. 78 LEF de fecha 15 de enero de 2016 sobre justiprecio, nos devuelve a la casilla de salida, por así decir. No se aprovecha el esfuerzo de la Comisión de expertos en la fijación del «premio».

Aunque la doctrina administrativista suele olvidarlo, con alguna excepción (9), el origen de la nacionalización de los bienes culturales hallados y

(9) Vid. en tal sentido H. MÁRQUEZ ROSALES y F. AMORES CARREDANO (2001: 183 a 199), quienes reivindican el papel de los dos civilistas que estuvimos en el origen de la vigente legislación; señalan cierto descuido en el cumplimiento de sus obligaciones por la Administración frente a los particulares; y sostienen que no cabe buena doctrina en esto sin considerar la perspectiva civilista.

de los «premios» legales al dueño del lugar y al descubridor de los mismos está al parecer en las explicaciones ofrecidas, con ocasión de la STS de 22 de marzo de 1976 sobre la Dama de Baza, por dos civilistas que fuimos J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ y quien esto suscribe (10). La regulación de los premios legales en el art. 44-3° LPHE de 1985, bastante descuidada en su redacción, ha dado lugar a muchas dudas doctrinales, que he abordado en diversos trabajos, como otros autores, y ha producido divergencias también jurisprudenciales, aunque ha perdido algo de su interés por haber sido sustituida toda la regulación de la LPHE, desde los años noventa por diversas leyes autonómicas de patrimonio cultural o histórico artístico, que han introducido retoques leves al precepto, con lo que no todas las copias del original se pueden razonar ya de idéntica forma. La monografía reciente y ya citada de M.T. MARTÍN MELÉNDEZ (2020: 106 a 139) ha enfrentado seriamente y con buena información doctrinal y jurisprudencial esta problemática, sobre todo en relación al art. 44-3° LPHE, de la que voy a prescindir aquí por razones de espacio.

2. El «premio legal», los principios civiles y el estado de la cuestión sobre los mismos

En la novela de Miguel DELIBES «El tesoro», inspirada en un caso real de hallazgo de un tesoro histórico artístico (Tesoro de Arrabalde), discuten en cierto momento sobre premios un vocacional arqueólogo profesional y su jefe administrativo, también arqueólogo y político profesional. Mientras que el arqueólogo se muestra muy crítico con que al hallador casual del tesoro se le deba premiar o indemnizar (se sitúa la acción bajo la Ley de 13 de mayo de 1933 y antes de la LPHE de 1985) su jefe, político y con visión acaso más amplia y social, defiende las recompensas a la colaboración de particulares. En nuestra doctrina, tanto civilista como administrativista, tiene más bien mala prensa la idea de estos premios, sobre todo el del otorgado al dueño de la finca, pero el caso es que los premios han sido mantenidos sustancialmente por casi todas las leyes autonómicas de patrimonio cultural (unas pocas han limitado el premio al hallazgo de muebles) que se han ido dictando en las tres últimas décadas. Nuestro políticos coinciden, pues, con el político de ficción creado por el gran novelista español.

Fue F. PANTALEÓN PRIETO (1987, pp. 450-452) el primero que se mostró poco entusiasta con el premio legalmente concedido por la LPHE al descubridor y muy crítico, por no ver fundamento suficiente razonable a la idea, con el premio concedido al dueño del lugar. Tras esta opinión casi todas las

(10) Vid. (J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1976: 597). Y recuerda esa opinión (M.T. MARTÍN MELÉNDEZ, 2020: 135). También me había adherido yo, con matices diversos, a la idea de 1976 del primer civilista en mi tesis doctoral (JL MOREU, 1980: 663 a 666).

posteriores vinieron a coincidir en esa posición crítica, al menos respecto del premio al dueño del lugar (11). Pero en general todas estas opiniones se presentaron sin excesiva argumentación y, en particular, sin argumentar contra mis explicaciones en sentido de la defensa de los «premios» reconocidos en las legislaciones españolas de patrimonio cultural. Sin embargo, en la monografía de M.T. MARTÍN MELÉNDEZ (2020: 106 a 121), ha recogido la autora con esmero mis argumentos y los ha intentado rebatir, sobre todo en cuanto al premio otorgado al dueño del lugar, defendiendo que el «premio» debe entenderse siempre como figura no fundamentada en los principios de ocupación o de accesión, o «atracción real», y criticando precisamente lo que yo vengo defendiendo desde hace mucho tiempo.

En mi propuesta de 1983 ya mencionada de redacción de la futura LPHE, cuando estaba ya disponible el Proyecto de la UCD de 3 de septiembre de 1981, redacté los siguientes preceptos, que no fueron aceptados, sobre el premio:

Art. 51-1º: *«El descubridor, por ocupación, y el dueño del terreno, por accesión, tendrán derecho, cada uno, a la cuarta parte de la tasación legal del bien mueble descubierto, siempre y cuando hayan cumplimentado los deberes que impone esta Ley».*

Art. 52-1º: *«Cuando lo descubierto sean ruinas ocultas o inmuebles ocultos antiguos, el descubridor y el dueño del lugar solo tendrán derecho a un premio, que no podrá exceder, para cada uno, de la décima parte del valor de tasación legal del inmueble antiguo descubierto. Para determinar la cuantía de dicho premio se tendrán en cuenta la actitud del dueño ante las excavaciones y las facilidades dadas por él en su caso, la diligencia de los excavadores, los costes de la excavación y otras circunstancias similares».*

Como se ve, limitaba mi Propuesta la relevancia de los principios de ocupación y de accesión a los hallazgos de bienes de interés cultural que fueran muebles, y la excluía para los bienes inmuebles «interesantes» hallados, para los que me parecía mejor un menor premio desvinculado de las categorías civiles y a fijar discrecionalmente (no arbitrariamente) por la Administración. Los hallazgos inmuebles de interés cultural pueden ser de un valor descomunal y pueden estar excavándose durante décadas, por lo que un premio como el del art. 44-3º LPHE o sus copias, a pagar tras el hallazgo y que nuestros tribunales reconocen y aplican, lo creo excesivo e irrazonable (12). Este sistema de mi

(11) Vid. (J.L., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 1989: 782,788 y 796 y ss.); (J.M., ALEGRE ÁVILA, 1994: 369 y ss.); (C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, 1999: 154-155); (J. BARCELONA LLOP, 2016: 432-434)

(12) He puesto como ejemplos los hallazgos de Villa Casale en Sicilia, o el hallazgo en Xian (norte de China) en 1974 de una gran cámara funeraria y más de 8000 guerreros de terracota de tamaño natural. Vid. (J.L. MOREU, 2013: 247 a 249), lugares visitados por miles de turistas de todo el mundo.

propuesta de 1983, con algún pequeño retoque, me sigue pareciendo mejor que el vigente y no incompatible con que se hayan declarado los bienes de interés cultural de dominio público, desde los conceptos amplios de ocupación y de accesión que mantengo y que considero preferibles. El retoque que haría hoy en el art. 51-1º sería poner «*El descubridor casual, por ocupación,...*». etc. Que el «premio» fuera para el descubridor extraño casual acaso se hubiera desprendido de la supletoriedad del art. 351 CC., pero parece mejor aclararlo en la Propuesta misma.

En cuanto a la accesión diré que existen, descritas muy a vista de pájaro, tres concepciones teóricas. Una primera, niega que se pueda construir un concepto unitario de accesión, regulando el CC. solo supuestos de hecho heterogéneos de relaciones jurídico reales. Una segunda, que abarcaría acaso otras varias teorías, tiende a reconocer solo como accesión aquello que el CC califica expresamente como tal, lo que cabría acaso llevar a pensar que presupone un concepto estricto de accesión. Y una tercera, que admite un concepto más amplio de accesión cuando la ley otorga, con independencia del término que utilice, al propietario de una cosa principal la propiedad de otra cosa calificable como accesorio. Yo me incliné, inspirado en DERNBURG, por este última noción amplia al estudiar el tesoro oculto.

Veamos ahora un estado de la cuestión sobre el concepto doctrinal de ocupación. La mayoría de los autores, y coincidiendo con lo que se admite en los países de nuestro entorno, creen que el concepto de ocupación se basa en tres requisitos que se supone habitualmente que coinciden los tres en el momento de hallarse el adquirente ante la cosa o el animal ocupables. Se requeriría algo sin dueño o *nullius*, y se adquiriría mediante una toma de posesión (*corpus*) y una intención de adquirir la propiedad (*animus*).

Tras la realización de mi tesis doctoral de 1980, propuse a la doctrina una definición o concepto diferente que excluía la necesidad (no la posibilidad) de que en ciertos casos alguno de esos tres requisitos, o los tres, existieran como tales. Según la definición que propuse, ocupación en nuestro Derecho es la «*adquisición de la propiedad de una cosa o animal vacante de posesión y falta de dueño mediante un acto o hecho jurídicamente suficiente y en las condiciones de la ley*». Esta definición, más amplia y flexible que la hasta entonces aceptada, creo que permite integrar bien, sin hacer trampas lógicas (resolver bien el puzle implícito bajo el aparentemente inocente concepto de ocupación), la adquisición de la propiedad, entendida como formas de ocupación específicas, de las piezas de caza o pesca; del tesoro descubierto en finca ajena por causalidad; o de las cosas extraviadas y publicadas ex art. 615 que nadie reclama temporáneamente; o la adquisición antigua, anterior a la vigente Ley de Aguas de 1985, de las aguas subterráneas alumbradas (art. 419 CC); o la adquisición regulada en el art. 368-4º de la Ley de

Navegación Marítima de 2014; etc. También es más útil esta noción flexible de ocupación para el estudio de los pecios de antiguos buques hundidos. Adquirente por ocupación sería quien hace «*lo difícil*» o lo suficiente según la ley para adquirir: descubrimiento de tesoro oculto o de cosa oculta que resulta sin dueño hallable o que resulta derelicta; ocupación o apoderamiento posesorio primero de lo hallado a la vista en el suelo y que resulta cosa sin dueño cognoscible; el cazador que logra causar al animal salvaje la «herida decisiva» que en condiciones normales le permitiría ocuparlo físicamente; etc. Este sería el segundo concepto de ocupación que apareció en 1980 en la doctrina y que mi maestro, el profesor J.L. LACRUZ BERDEJO, hizo suyo desde 1979 (tuvo la tesis doctoral antes de publicada).

Pocos años después F. PANTALEÓN PRIETO (1987: 29-30 y 507 a 510, para la definición de ocupación; 37 a 60 y 398-399 para el tesoro; 91 y ss. y 116-117, para el hallazgo), tras criticar radicalmente mi concepto (que era ya entonces también el de mi maestro, el profesor LACRUZ), propuso en un libro de unas 600 páginas un concepto nuevo suyo, que podemos calificarlo como el tercer concepto de ocupación aparecido en la doctrina española. Su concepto coincidía en parte con el tradicional (*corpus, animus, res nullius*), pero con dos importantes modificaciones: el requisito de la *res nullius* mueble se ampliaba o se sustituía (o se le hacía integrar) por el de la «inhallabilidad» del dueño de la cosa; y se debían excluir del ámbito objetivo de la ocupación todas las cosas ocultas. Conforme a la explicación de este autor, la adquisición por el descubridor casual *in alieno* de un tesoro no era un caso de ocupación de medio tesoro sino un «premio» legal, y los mismo la adquisición del hallador *ex art. 615 CC.*, cuando no aparecía el dueño de la cosa perdida en el plazo de dos años. Esta peculiar forma de resolver el puzle entre los conceptos de ocupación, hallazgo, tesoro y premio era, en mi opinión, muy desafortunada, como he argumentado en varias ocasiones (13), porque contradecía fuertemente la insistente letra del CC sobre la «ocupación» del tesoro, letra además fundada en siglos de homogénea evolución del Derecho intermedio. Salvo error mío, nadie ha seguido en más de treinta años este peculiarísimo concepto y explicación de PANTALEÓN en la doctrina civilista española, que él ha mantenido en dos pequeños resúmenes de 1993 y 1995 en obras colectivas que recojo en la bibliografía. Otra cosa es que algunos afirmen seguir a PANTALEÓN, y defiendan o le atribuyan el concepto tradicional de ocupación (*corpus, animus, res nullius*, etc), con lo cual demuestran (llamativa la opinión así de K.J. ALBIEZ DOHRMANN, aunque tampoco él acepta el concepto tradicional de ocupación y no se pronuncia) poco interés por el tema y no haberle leído bien. Como afirmó en su manual con gran agudeza, y con un elogio de su libro, el año

(13) Vid. (J.L. MOREU, 2003: 348 a 350; o 2016, Vol. 2º: 42-43).

antes de su muerte, mi maestro el profesor LACRUZ BERDEJO (1988, p. 137), el concepto de PANTALEÓN es un concepto de «*gran originalidad*». Y hasta hoy concepto de la ocupación solo suyo.

En la actualidad, son cuatro los autores y profesores de Derecho civil españoles que aceptan sustancialmente mi concepto y explicación general de la ocupación (14). La mayoría de los civilistas españoles, en escritos o tratamientos muy breves y poco comprometidos, siguen el concepto tradicional de ocupación, aunque muchos recogen afirmaciones aisladas mías sobre cuestiones concretas. También algunos recogen la polémica que existe entre mi concepto y el tradicional (con algo de imprecisión, pues los conceptos no son solo dos, sino, como he explicado, tres). Entre los autores que recogen «dos» conceptos distintos (el tradicional y el que yo propuse), pero sin llegar a pronunciarse, están los autores de dos monografías sobre la ocupación: Miguel LACRUZ MANTECÓN (2011: 121 a 123) y Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN (2014: 12 a 15) (15). Unos ochenta profesores miembros de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC: somos cerca de 400) han publicado un Proyecto privado de nuevo Código civil en 2018 y dicen en su Prólogo que lo allí introducido recoge solo lo que tiene «*consenso generalizado*» en la doctrina civilista. Pues bien, la regulación que proponen sobre la ocupación (25 reglas repartidas en los arts. 421 a 423) no tiene, ni de lejos, «*consenso generalizado*» y además, en mi opinión, supondría una grave degradación técnica de la actual y vigente regulación de 1889, traída de Italia (CC. 1865), y que es magnífica. Lo contenido en esta Propuesta privada de 2018 (reglas heterogéneas e insulsas doctrinalmente) ni se corresponde con ninguna de las seis monografías españolas existentes sobre la ocupación, ni ninguno de los ochenta autores que la patrocinan ha publicado, que yo sepa, nada serio en el tema. Conviene no despreciar el tema de la ocupación, porque su concepto tiene fronteras problemáticas con conceptos básicos como la posesión, la prescripción, la usucapión,

(14) Estos autores que han aceptado mis explicaciones sobre la ocupación son José Luis LACRUZ BERDEJO; José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ; Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE; y María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ. Cita a los tres primeros y critica expresamente la explicación y concepto de ocupación de PANTALEÓN, la última autora citada (2020: 17 a 32 y, para la cita de los primeros tres autores, p. 30). El profesor uruguayo W. HOWARD ALANIS, en un libro elaborado con doctrina europea de varios países, elogia mi tesis doctoral y recoge de ella algunas de mis ideas, aunque, tratando el CC de su país, no acepta mi concepto de ocupación (2018: 53 a 114, y para su citado elogio: 16).

(15) Merece ser mencionado J.M. ALEGRE ÁVILA, quien, para ser administrativista, recogió en su tesis doctoral con gran rigor y esmero parte de la explicación mía y de PANTALEÓN en relación sobre todo al tesoro, en la que pareció mostrar mayor cercanía con este profesor que con mi explicación, pero sin pronunciarse claramente sobre el concepto de ocupación preferible (1994, tomo 2º: 351 a 428).

la accesión, o los conceptos de derecho real o de derecho de crédito. O sea, es una de las piezas, humilde pero necesaria, del sistema del Derecho privado patrimonial español.

Volviendo de nuevo a la cuestión de si los principios de ocupación y de accesión o «atracción real» deban entenderse como fundamento del «premio» legal otorgado por el art. 44-3º LPHE y sus copias al descubridor y al dueño del lugar, intento sintetizar los principales argumentos de la profesora MARTÍN MELÉNDEZ. Describe cuidadosamente la evolución histórica y de política legislativa en la materia desde 1889, a través de las leyes de 1911 y 1933, hasta llegar a la LPHE de 1985. Afirma que desde 1985 el legislador se sintió más libre a la hora de regular esta materia, y sobre todo cuando el descubrimiento no ha sido casual que cuando lo ha sido, por lo que, a la vez que integró en el dominio público todos los tesoros arqueológicos descubiertos, decidió con ello «expulsar» decididamente de la regulación estudiada los principios civiles (ocupación; accesión). Habría habido, por tanto, en la LPHE, un «punto de inflexión» en esto, de modo que los «premios» a favor del descubridor y del dueño del lugar del artículo 44-3º LPHE ya estaría claro que se podrían explicar al margen de los principios civiles aludidos en el art. 351 CC. No acepta mi tesis de que el art. 44-3º LPHE sea la regla general y el art. 42-2º LPHE, *in fine*, la excepción. Defiende (p. 114) que la regla general sería la mera atribución de los tesoros arqueológicos al Estado como dominio público sin compensación alguna ni al descubridor ni al dueño del suelo, y la excepción sería la concesión de un verdadero premio al descubridor casual y la concesión de un «mal llamado» premio al dueño del lugar en casos de hallazgo casual, que tendría ante todo carácter preventivo y disuasorio y una relación, como indirecta solo y de recuerdo, del principio de accesión. La naturaleza de los premios sería esencialmente legal, sin relación o conexión ya, entonces, con principios civiles. Cree que tales premios se establecieron para sensibilizar al ciudadano con la protección al Patrimonio arqueológico, labor en la que entiende todavía queda mucho por hacer. Afirma que, de seguirse mi interpretación, habría que reconocer el derecho al premio al buscador hallador *in alieno* y al dueño del lugar buscador *in suo*, aunque ambos carecieran de previa autorización administrativa para la excavación, siempre que cumplieran luego las obligaciones del art. 41-1º y 2º LPHE, lo que cree sería inadmisibles. Alega también en su favor la Sentencia contencioso administrativa del TS de 28 de junio de 2004 sobre el hallazgo cerca de Zaragoza del «Bronce de Botorrita», cuya doctrina aprueba.

La explicación de la autora, meritoria por su serio esfuerzo de interpretación sistemática y por el dominio de la muy compleja casuística que presupone, no me termina de convencer. Los dos supuestos con los que pretende probar las consecuencias poco justas de mi interpretación son, ante todo, bastante académicos y extraños. Además, pensando en el descubridor buscador extraño

y carente de autorización administrativa para excavar (art. 42-1° LPHE), precisamente si le aplicamos mi concepto de ocupación, uno de cuyos requisitos es que la adquisición por ocupación, aquí de un crédito legal (premio), es que esta se realice «*en las condiciones de la ley*» o lícitamente, la conclusión de verdad pertinente es, me parece, que ese descubridor no llega ni a adquirir el derecho al premio legal, por ser su causa legal el principio de ocupación y faltarle el necesario y habitual requisito de la licitud. El mero cumplimiento de las obligaciones del art. 44-1° y 2° LPHE, aunque permitiría indirectamente el cumplimiento de los fines previstos por la propia ley y ahorraría gastos a la Administración (gastos del expediente de autorización; acaso de expropiación del suelo, aunque fuera temporal, etc.) no sería suficiente para originar la adquisición por ocupación del premio legal a favor de ese descubridor. El art. 44-4° LPHE sería inaplicable aquí, dado que no cabe «privar» al descubridor del «premio», no porque pueda ese descubridor eludir ese precepto al cumplir sus obligaciones, que sí las tendría en el caso frente a la Administración, sino porque no habría llegado a adquirir por ocupación antes el «premio» como «primer ocupante» y descubridor del tesoro arqueológico. No cabe «privar» a alguien de lo que no tiene.

Como en el tesoro oculto, el art. 44-3° LPHE, cuya letra, en llamativo contraste con el art. 44-1°, no exige la casualidad, creo que está pensando en una adquisición (de créditos legales) desde el mismo descubrimiento, tanto por el descubridor como por el dueño del lugar. Es cierto que los principios de ocupación y de accesión durante todo el Derecho intermedio y en la Codificación estuvieron inicialmente limitados a la adquisición de la propiedad privada de cosas corporales, y no de derechos de crédito, pero el Derecho civil, como Derecho común, puede ir avanzando históricamente y asimilando conceptos nuevos en nuevas soluciones legales útiles socialmente y aceptadas como tales. Esa fue para nuestro asunto la propuesta que formulé en 1980 al final del libro (pp. 652 a 654), y esa característica de ir asimilando nuevos contenidos el Derecho civil como Derecho común creen muchos que puede detectarse ya en el Derecho romano desde sus orígenes.

El verdadero problema que plantea este supuesto propuesto por la profesora MARTÍN MELÉNDEZ es, según creo y aunque ella no lo advierta, que para el mismo, en el que no se frustraría la voluntad de la ley de incorporar el tesoro arqueológico al Patrimonio arqueológico, parecería muy injusta la aplicación de la sanción prevista en el art. 76-1°, letra f, de la LPHE de los euros equivalentes a 25 millones de pesetas de 1985. Ese problema hay que suponer que se resolvería, con todo, fácilmente, en principio, por la habitual exigencia jurisprudencial del requisito de culpa o dolo para que se pueda entender que existe sanción administrativa o penal, culpa o dolo aquí claramente inexistentes. Y en fin, el legislador parte de que quien dañe un yacimiento arqueológico desconocido y no declarado, al topar con él por casualidad (art. 42-3° LPHE),

está sometido, en general, aparte de, para quien tenga el derecho al premio, a las responsabilidades del artículo 44-4° LPHE, también a las de los artículos 323 y 324 del Código penal.

Parecidas reflexiones cabrían incluso, aunque por razones de espacio voy a omitir formularlas, en relación al caso propuesto por la autora del dueño del suelo que buscara y encontrara tesoros arqueológicos *in suo*, si careciera de autorización administrativa previa.

Por otra parte, sabemos que la menor aceptación doctrinal sobre el fundamento del «premio» legal al dueño del lugar respecto del correspondiente al descubridor (casual, normalmente), acaso podría compensarse un tanto por el principio, muy potenciado genéricamente en la jurisprudencia del TEDH (16), del «*justo equilibrio entre el interés general y la propiedad privada*», que aunque sea cierto (la STS 555/2020 nos lo ha recordado) que el «premio» ex art. 44-3° LPHE nunca puede tener naturaleza expropiatoria o de recompensa o justiprecio. Pero sí que el crédito legal creado por ministerio de la ley en este supuesto de hecho, cabe considerarlo acaso cosa accesoria del terreno en el que sucedió el hallazgo. Que la ley quiera vincular a la propiedad de la finca o cosa principal, con un valor que no dependa estrictamente del «daño» que produce a la finca el hallazgo de objeto de interés cultural y su dominialización legal, «daño» que obviamente es menor en el caso del hallazgo de mueble que en el del inmueble, ambos «interesantes». Con tal perspectiva, el principio de accesión encaja mejor en el supuesto que la tendencia que se derivaría de la pura letra del art. 44-3° LPHE a conceder premios más cuantiosos a los hallazgos de inmuebles «interesantes» (más «dañosos» por más valiosos en sí, en principio, al propietario de la así muy mermada finca) que a los de muebles «interesantes». Y recuerdo que yo propuse en 1983 reducir la relevancia del principio de accesión a solo los hallazgos «interesantes» de muebles.

Veamos ahora brevemente la Sentencia contencioso administrativa del Tribunal Supremo (STS) de 28 de junio 2004, en la que se negó a los copropietarios de una finca el «premio» por el hallazgo del Bronce de Botorrita en una finca privada de su propiedad realizado en dos hallazgos sucesivos entre el 20 y el 27 de octubre de 1992, cerca de Zaragoza, y caso al que era aplicable todavía la LPHE. El premio reclamado ascendía, según la demanda, a 613.224,34 € y fue denegado dos veces por la Administración autonómica aragonesa, resolución confirmada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón en Sentencia de 16-2-1999, luego confirmada o no casada por la mencionada STS. Es cierto que esta STS parece dar la razón a la opinión mayoritaria, como bien razona MARTÍN MELÉNDEZ. Pero cabe formular serias

(16) Vid. sobre ello (J. BARCELONA LLOP, 2013: 32 a 40 y 231 a 236)

objecciones a esa STS. Así lo hice en un comentario mío a esta STS, que es el «ejemplo» n° 18 de mi libro «La ocupación explicada con ejemplos» (17).

Además, aunque la finalidad primordial de la LPHE sea conseguir que los hallazgos y tesoros arqueológicos sean rescatados e integrados en el Patrimonio arqueológico y pasen en posesión a la Administración, es indudable que también puede ser una finalidad complementaria de esa el resolver conflictos *inter privados* de naturaleza intrínsecamente civil. Lo demuestra muy bien la excelente Sentencia de la Sala 3ª del TS de 6 de mayo de 2009 (RA 2009-4355). Un obrero contratado por una empresa descubrió materialmente y por casualidad un conjunto de monedas islámicas antiguas que entregó al encargado de la obra o Gerente, el cual decidió días después entregar a la Administración responsable del patrimonio cultural las monedas. La empresa pretendió cobrar el premio legal por el descubrimiento, pero también lo pretendió, al asesorarse, el obrero descubridor material del tesoro. Se aplicaba el art. 65-4º de la Ley valenciana 4/1998 (precepto idéntico al art. 44-3º LPHE). La STS entendió con muy buen criterio que el descubridor no había incumplido sus obligaciones legales y que tampoco había transferido a la empresa su «título jurídico» de descubridor (la ocupación, acaso cabría afirmar, aunque no lo hizo la Sentencia). La Sentencia, por cierto, viene a coincidir con otras civiles, en las que se da prioridad al descubridor frente al ocupante primero, por mucho que este último tenga el *animus* y el *corpus* primeros de adquirir (aquí, el crédito legal). La Sentencia otorgó el derecho que legalmente sustituyó al tesoro arqueológico a quien no había tenido inicialmente ni *corpus* ni *animus* adquisitivo ni sobre ese tesoro falto de dueño ni sobre el premio legal sustitutivo. La profesora MARTÍN MELÉNDEZ (p. 125) no reconoció a esta buena STS, que mencionó, su gran fuerza clarificadora.

Cabe pensar sin gran dificultad, aparte de casos en los que sea dudoso si hay o no «premio» legal, en numerosos conflictos civiles entre particulares disputándose, entre sí, los «premios» por hallazgos de tesoros arqueológicos. Por ejemplo, hallazgos de ese tipo ulteriores a un tal hallazgo casual y no comunicado inmediatamente a la Administración (arg. art. 42-3º, *in fine*, LPHE), combinados, por ejemplo, con la existencia de varios ulteriores descubridores, conocedores o no, cada uno, del hallazgo inicial; o de varios dueños del lugar,

(17) Resulta que la STS de 28 de junio de 2004 sobre el Bronce de Botorrita se dio en un pleito promovido por la familia de un profesor y amigo de la Facultad de Derecho de Zaragoza, que me tuvo informado sobre el pleito mientras duró. Véase en mi comentario cómo la Administración actuó con arrogancia y nulo respeto a la propiedad privada y con irregularidades procedimentales, y aun así esa discutible STS le dio la razón. La STS realizó discutibles valoraciones sobre el requisito de la casualidad de los hallazgos y no contestó nada ante la invocación del recurso de casación sobre la incidencia en el caso del principio de accesión. *Vid.* (J.L. MOREU, 2013: 196 a 232).

conocedores o no, también, del hallazgo inicial, o de todos ellos simultáneamente. O podría el descubridor ulterior actuar por cuenta propia o por cuenta ajena; o hacer su hallazgo a poca o a mucha distancia del lugar del primer hallazgo no comunicado a la Administración; o realizarse el hallazgo dentro o fuera del perímetro señalado por la declaración formal de existencia allí de un yacimiento arqueológico (arts. 15-5º, 22-1º, y 43 LPHE); o existir o no indicios serios de que el tesoro fuera «interesante» para el PHE; etc. Principios como el de ocupación o el de adquisición pertenecen al contenido típico del Derecho civil, que como recordó en alguna ocasión WINDSCHEID, representa la acumulación de la sabiduría jurídica de los siglos. No veo razonable, sobre todo para los tesoros arqueológicos muebles, prescindir de tales principios. La Administración ha mostrado cierta reticencia a reconocer los «premios legales», que creo aumentaría al quitarles su raíz civil.

III. RECAPITULACIÓN

Las dos sentencias analizadas en este trabajo, la STSJ- CLM 599/2018 y la STS 555/2020, podríamos pensar que han resuelto definitivamente el problema aquí estudiado. Pero este problema que yo había acertado a prever en 1983, si bien se piensa, tiene su lógica. Basta pensar en los expertos o «académicos» a los que se llama a valorar económicamente, tarea bien ardua ya en sí misma, un antiguo bien cultural en base al art. 78 de la LEF, y ponerse en su lugar. Pueden ser personas que sepan muchísimo sobre los mosaicos romanos, o sobre las esculturas íberas, o sobre las rutas del comercio fenicio (18); pero no tienen por qué saber de procedimientos administrativos y sus complejas relaciones, y de ahí que se hayan producido en ocasiones confusiones y errores (acaso bastantes más de los que conocemos bien y se han analizado en este trabajo o se han vislumbrado aquí).

Además, en este caso concreto, el problema es que no hay una única ley que aclare con sencillez el régimen jurídico aplicable, en una zona además del ordenamiento, muy relacionada con el urbanismo y donde pueden ser las circunstancias concretas sumamente complejas. En realidad, como he defendido en alguno de mis trabajos (19), creo que la LPHE de 1985 (arts. 40 a 44),

(18) Los juristas solo tenemos noticia del hallazgo de la Dama de Baza, o acaso del de la de Elche, pero hay una muy interesante historia con muchos otros hallazgos de enorme valor o interés, productos de hallazgos casuales o de excavaciones planificadas ya desde el siglo XIX. Desde el CC (art. 351-3º) el Estado pudo expropiar y expropió muchos hallazgos sobre los que no hubo pleitos. En España se ocuparon de calibrar el valor histórico y económico eruditos y personas, en general, muy preparadas. Vid. al respecto D. CASADO RIGALT (2006: 229 a 346, y 247 a 394, entre otras pp.).

(19) Vid. (J.L. MOREU, 2003, pp. 352-353)

con su idea nueva de nacionalización *ex lege* y dominialización de todos los bienes culturales hallados, derogó parcialmente la regulación de los arts. 76 a 84 de la LEF de 1954, que estaba pensada en su letra y en su espíritu para las leyes de 7 de julio de 1911 y de 13 de mayo de 1933, leyes que pensaban siempre como hipótesis normal en una como la del art. 351-3° CC (en una expropiación de la propiedad a dueños privados de los tesoros «interesantes» descubiertos). Por eso el art. 78 LEF, cuya *ratio* sigue valiendo, puede entenderse «adaptado» y válido en la nueva situación establecida por la LPHE, pero los artículos 78, 81 y 82 LEF pueden entenderse todos sustituidos o suprimidos por otros preceptos de la LPHE, y algo parecido cabe afirmar del art. 80 LEF, que todavía alude al «justo precio» y a los «porcentajes de participación» que reconoce la legislación del ramo a «*los descubridores*» (descubridores *in suo* e *in alieno*, hay que pensar, a la vista de aquella legislación), precepto hoy sustituido, por tanto, por el art. 44-3° LPHE y sus copias, donde se cuantifican (imprecisamente, casi siempre) los «premios», que ya son hoy créditos legales y no cuotas de una propiedad. Y la remisión a la expropiación del art. 43 LPHE hay que entenderla hoy hecha al procedimiento general de la expropiación del Título II de la LEF. Y esto no hubiera estado mal que lo dejara claro o la propia LPHE o una reforma legislativa posterior a 1985 de la LEF. Estamos a tiempo.

Otro aspecto interesante de las dos sentencias aquí estudiadas, y sobre todo de la segunda de ellas, la STS 555/2020, es la ya señalada tendencia de la Sala en la misma a razonar desde la LPHE, con olvido de la Ley autonómica que estaba vigente y acaso o en cierta medida era preferente (la citada Ley 4/2013). Ello llegó a hacer dudoso, como vimos, si era admisible o no a trámite el recurso mismo de casación ante el TS, lo que puso en riesgo el haber logrado una clarificación doctrinal tan importante como la que nos proporciona esta reciente STS. Pues bien, el mismo fenómeno jurídico he comprobado que se da en dos sentencias recientes sobre patrimonio cultural de la Sala 1° del Tribunal Supremo que he tenido que estudiar, como son la STS 239/2019, de 24 de abril (RJ 2019/1776), y la STS 301/2019, de 28 de mayo (RJ 2019/2739) (20). Así que, aunque hay diecisiete leyes autonómicas de protección del patrimonio cultural, todas ellas copiadas sustancialmente de la LPHE, el TS, cuando se pone a reflexionar sobre estos temas parece que, en ocasiones, prefiere o tiende a apoyarse solo en la LPHE, Ley mejor estudiada doctrinalmente que las autonómicas, y comete con ello una seria irregularidad en sus argumentaciones. Personalmente pienso que para nuestro país sería mejor tener un sola y buena ley estatal sobre patrimonio cultural, que no diecisiete leyes casi idénticas en lo esencial y todas ellas bastante modestas en su nivel de técnica jurídica.

(20) Un comentario mío sobre ambas sentencias saldrá en el n° 24 de la Revista Patrimonio Cultural y Derecho de 2020, cuya aparición se espera para febrero o marzo de 2021.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional (TC, en adelante) ha sostenido, al menos durante casi dos décadas, que era desaconsejable que los legisladores autonómicos legislaran de nuevo sobre lo que ya el legislador estatal tenía bien resuelto en sus propias leyes, aunque tuvieran competencias para hacer esa legislación. Véase en tal sentido la STC 150/1998, de 2 de julio, en su FJ. 4º, sobre todo, y las varias SSTC que se citan allí en el mismo sentido de las que la más antigua es de 1981, época en la que se estaba empezando a legislar por los parlamentos autonómicos. Evidentemente, estos parlamentos no han acogido para nada esas sensatas recomendaciones del TC y la legislación autonómica crece sin parar desde hace décadas, habitualmente con un bajo nivel de ideas originales y de técnica jurídica. No deja de ser curioso, por eso, que ahora se detecte en el propio Tribunal Supremo el que a veces se olvide de esta frondosa y mudable legislación autonómica y tienda a razonar sobre la legislación estatal cuando la misma no es formalmente aplicable, en claro perjuicio de la seguridad jurídica, que es, como sabemos, un principio constitucional (art. 9-3º CE). Detectamos aquí una disfunción del sistema sobre la que conviene llamar la atención de la doctrina.

Por lo demás, está desde hace tiempo en el ambiente político, y hasta hubo un intento en el verano de 2008 (21), bajo Gobierno del PSOE, de reformar con una nueva Ley de Patrimonio Cultural Español la vigente LPHE de 1985. Si en el futuro se redacta una nueva y mejor Ley estatal de Patrimonio Cultural o Histórico Artístico, con directrices o ideas algo distintas de las de la actual, el conjunto de la legislación española de patrimonio cultural quedaría falto de armonía y coherencia, al seguir de momento inspiradas en la (anterior, entonces) LPHE las leyes autonómicas vigentes y preferentes, y quedaría reducida en principio la nueva Ley estatal a tener un valor solo claudicante y supletorio de las autonómicas, supletoriedad que no siempre es fácil de delimitar y que sería tanto más difícil de precisar cuanto más diferentes fueran las directrices futuras de las actuales.

Cuando a principios de este siglo se vio que el sistema legislativo español completo sobre protección del patrimonio cultural estaba creciendo mucho y con más ambición y pretensiones que medios y realismo, se apuntó en la doctrina, creo que con razón, la necesidad de una cierta contención, y de mayor realismo y pragmatismo buscando mejorar la eficiencia del sistema legal en su conjunto, propuestas que se veían además conformes con la tendencia del Derecho internacional a fijar con más precisión el ámbito del Patrimonio

(21) En julio de 2008 se llegó a formar una Comisión Técnica para que trabajara en un anteproyecto de ley así, anunciándose por el Ministro de Cultura que podría tener listo el Borrador a finales de ese mismo verano, lo que finalmente no se materializó. M.T. MARTÍN MELÉNDEZ ha realizado en su monografía unas propuestas concretas de reforma legal para el caso (2020: 139 a 142).

Cultural (22). La incesante expansión y la frecuencia de sus reformas legales del sistema de protección cultural tampoco parecen permitir pensar que se hayan atendido los últimos años estas sensatas recomendaciones. Además, la realidad del panorama de la legislación autonómica de Derecho público en su conjunto, y en concreto en Aragón, no deja de parecer manifiestamente mejorable, en momentos en los que fuerzas políticas disgregadoras están cuestionando seriamente la unidad nacional en nuestro país (23). Y sin que sea muy distinta tampoco la realidad de los derechos civiles forales, también en una situación de permanente expansión temo que insuficientemente meditada y madurada. He sido muy crítico, en particular, con la elaboración del vigente Código de Derecho Foral de Aragón de 2011, que ha cuadruplicado al menos la anterior Compilación de Derecho foral de 1967, pero sin ninguna idea nueva y original de interés, copiando gran parte de su contenido del Código civil español, y manteniendo instituciones e ideas muy anticuadas que creo debieron abandonarse hace tiempo (24).

Acabo ya este trabajo con una reflexión de CASTÁN TOBEÑAS en el sentido de que cuando se elaboren leyes que hayan de afectar a la propiedad privada, no se deje de llamar o contar con civilistas con criterio, para intentar evitar las «*constantes acometidas*» que, en caso contrario, la experiencia demuestra que se

(22) Doy una idea demasiado sucinta de varias de las sugerencias que había hecho en la dirección indicada (F. LÓPEZ RAMÓN; 2003: *in totum* y 525 a 547). Como ideas parecidas había aducido este autor en otro trabajo suyo anterior de 2001, yo mismo me había sumado ya a esa crítica constructiva (J.L. MOREU, 2003: 324-325).

(23) Incluso antes de que se publicara la inútil y reaccionaria Ley aragonesa 8/2018 sobre Actualización de Derechos Históricos, que el Tribunal Constitucional tuvo que rectificar en varias de sus partes, el profesor L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, había hecho una descripción bastante crítica, y creo que convincente, sobre el panorama actual del Derecho público aragonés. Criticó los varios incumplimientos de la Constitución, algunos de los cuales habían merecido el reproche del TC; el clientelismo de los partidos políticos; la excesiva legislación autonómica y su con frecuencia bajo nivel de técnica jurídica; y la reiteración de leyes innecesarias. Explicó que debería haber menos leyes autonómicas y más cuidadosamente preparadas, llamando la atención sobre la necesidad de respetar la creciente e importante jurisprudencia del TEDH y del TJUE. Incluso pensando en la necesidad de no perder de vista la integración o vertebración nacional, recomendaba que se buscasen y cerrasen acuerdos entre las comunidades autónomas al efecto de que pudieran coincidir lo más posible en las soluciones aplicadas a problemas socialmente importantes. *Vid.* (L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, 2016: 43 a 57).

(24) Me agrada recoger una opinión que me parece en esto muy oportuna del profesor L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, aunque formulada incidentalmente, cuando señala que los derechos civiles forales debieran reducirse a mantener unas pocas instituciones tradicionales (2004: 54). Y por cierto que este libro que cito en la Bibliografía como monografía fue el Discurso de ingreso de este prestigioso profesor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del día 25 de octubre de 2004, con contestación de E. GARCÍA de ENTERRÍA. Y en otro trabajo dedicado a este autor, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER (2014: 7 y 8) afirma que en Francia, Alemania, o Italia el Derecho civil se enseña desde el Código civil correspondiente, y que alguien debería explicar porqué no es así aquí.

cometen por el Derecho público sobre el privado y contra la propiedad (J. CASTÁN TOBEÑAS, 1962: 115-116). Mi experiencia investigadora en leyes tan importantes como la Ley de Aguas de 1985 o la Ley de Costas de 1988, reformada en 2013, o sobre la propia LPHE de 1985 (25), me persuaden de la mucha razón que tenía esa advertencia de quien era ya en esa fecha un muy experimentado civilista que había intervenido ampliamente en tareas legislativas y presidido muchos años el Tribunal Supremo. Su consejo conecta bien con el papel clave que el TEDH ha otorgado en su abundante jurisprudencia, que nos vincula, al principio del «*justo equilibrio entre exigencias del interés general y la protección de la propiedad*», que ha estudiado con esmero uno de los autores citados en este trabajo (J. BARCELONA LLOP, 2013: 32 a 40, y 231 a 236), mostrándonos cómo ese principio ha sido uno de los más eficaces remedios técnicos en el progresivo fortalecimiento del derecho de propiedad, fortalecimiento que, sin merma de la creciente multitud de materializaciones concretas de la función social del dominio, es bueno para la racionalización del ordenamiento y la seguridad jurídica y para la solidez de la democracia. Tanto el TEDH como el TJUE tienden a presuponer en su jurisprudencia el concepto tradicional liberal de propiedad, con sus facultades esenciales de goce y de disposición (como en nuestro art. 348 CC), y ambos Altos Tribunales tienden a dar gran relevancia a la idea del «contenido esencial» del derecho de propiedad (D. UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, 2012: 181 y 189). Y lo mismo cabe afirmar de los artículos 17 y 52-1º de la Carta de Niza de la UE de 2000, vigente en España desde 2008 (arg. art. 2 de la LO 1/2008). Cabe esperar que en este nuevo y superior marco normativo, si llega a dictarse una nueva Ley estatal de patrimonio cultural, no sufra ya la misma ninguna «acometida» o desgarró desde el Derecho público.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (1994): *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, T. 2º, Ministerio de Cultura, 806 pp. y, en particular, pp. 343 a 428.
- (2008): *Subsuelo: Hecho y Derecho. Planteamiento tradicional, estudio jurisprudencial y reconstrucción técnica del régimen jurídico del subsuelo*, Prólogo de Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, Ed. Thomson Aranzadi, 306 pp.

(25) En un trabajo que trata de la expropiación, no puedo dejar de recordar que para un sector de la doctrina se ha ido produciendo un deterioro progresivo de las garantías jurídicas del expropiado, entre otras razones, por la irrupción o desplazamiento parcial, y de constitucionalidad a veces discutible, de la LEP por legislaciones autonómicas sobre expropiación. Vid. A. PÉREZ MARÍN (2005, *in totum*, y en relación al papel de las leyes autonómicas: 46 a 48 y 52 a 56). Este trabajo fue un Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, contestado por Manuel CLAVERO ARÉVALO.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis (1976): *La Dama de Baza*, en *Revista de Derecho Privado*, pp. 569 a 597.
- (1989): *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Ed. Civitas, Madrid, 897 pp.
- ALVIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (2013): *Ocupación, hallazgo y tesoro: Reminiscencias civiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 166 pp.
- BARCELONA LLOP, Javier (2013): *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación en el sistema del Convenio Europeo de Derecho Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 268 pp.
- (2015): «El patrimonio cultural material en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos», *Revista de Administración Pública*, nº 198, pp. 129 a 168.
- BARCELONA LLOP, Javier, y CISNEROS CUNCHILLOS (2016): *Vestigios y palabras. Arqueología y Derecho del patrimonio arqueológico. Help*, Universidad de Cantabria, 446 pp.
- CASADO RIGALT, Daniel (2006): *José RAMÓN MÉLIDA y la arqueología española*, Real Academia de la Historia, Madrid, 509 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS José (1962): *La propiedad y sus problemas actuales*, Discurso leído el 15 de septiembre de 1962, Instituto Editorial Reus, Madrid, 146 pp.
- HOWARD ALANIS, Walter (2018): *Modos de adquirir*, 3ª Ed., Universidad Montevideo, 686 pp.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1979): *Elementos de Derecho civil*, 1ª edición, Tomo 3º, Vol. 1º, pp. 76 a 99 y 164 a 166. Es igual en la ocupación la 2ª edición de 1988, pp. 126 y ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis (2011): *La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*, Prólogo de José Luis MOREU BALLONGA, Ed. Dykinson, 247 pp.
- LÓPEZ BELTRÁN de HEREDIA, Carmen (1999): *La Ley valenciana de Patrimonio Cultural, Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico*, Tirant lo blanch, 247 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2003): «Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del patrimonio cultural», en *Historia de la propiedad cultural. Patrimonio cultural*, Salustiano DE DIOS, etc., coordinadores, III Encuentro de Salamanca de mayo de 2002, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 525 a 547.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa (2020): *Los tesoros de valor histórico artístico: una nueva mirada a las teorías sobre su adquisición casual*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Prólogo de Antonio PAU, Cizur Menor (Navarra), 151 pp.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2004): *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, Ed. Thomson-Civitas, 204 pp.

- (2014): *Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA y el Anuario*, Anuario de Derecho Civil, t. 67, Fasc. 1º, pp. 5 a 10.
 - (2016): «Presente y futuro del Derecho público aragonés», *Actas de los vigesimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 43 a 57.
- MÁRQUEZ ROSALES, Heliodoro, y AMORES CARREDANO, Fernando (2001): «La perversión en las técnicas jurídicas de protección del Patrimonio arqueológico», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, n° 5, pp. 183 a 199.
- MOREU BALLONGA, José Luis (1980): *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Prólogo del profesor LACRUZ BERDEJO, Editorial Bosch, Barcelona, 693 pp.
- (1983): «Sobre la anunciada reforma de la regulación de los hallazgos de interés histórico artístico», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 37, pp. 261 a 270.
 - (1993): Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico, en *Revista de Administración Pública*, n° 132, pp. 171 a 208.
 - (2003): «Patrimonios arqueológico y etnográfico en la legislación estatal», en *Historia de la Propiedad. Patrimonio Cultural*, III Encuentro Interdisciplinar, Salamanca de mayo de 2002, Servicio de Estudios Colegio de Registradores, Madrid, pp. 319 a 405.
 - (2013): *La ocupación explicada con ejemplos*, Ed. Reus, Madrid, 319 pp.
 - (2016): Comentario a los artículos 351-352 y 609 a 617 en el *Código civil comentado*, dirigido por Ana Cañizares y otros, 2º Ed. Civitas-Thomson- Reuters, Vol. 1º, pp. 1464 a 1480; y Vol. 2º, pp. 39 a 94.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1987): Arts. 610 a 617 CC, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, Dir. ALBALADEJO, EDESA, T. 8, Vol. 1º, pp. 28 a 599.
- (1993): Comentario a los artículos 351-352 y 610 a 617 del Código civil en el *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo 1º, pp. 985 a 991, y 1551 a 1571.
 - (1995): Conceptos «Hallazgo», «Ocupación» y Tesoro», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Volúmenes, II, III y IV, pp., respectivamente, 3298 a 3300; 4554 a 4556; y 6520-6521.
- PÉREZ MARÍN, Antonio (2005): *El deterioro progresivo de las garantías jurídicas del expropiado*, Discurso leído el 23 de octubre de 2005 como recepción pública en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 110 pp.
- UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, Dolores (2012): *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa*, Prólogo de Luis María Díez PICAZO GIMÉNEZ, Civitas Thomson Reuters, 220 pp.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICO-PENALES CONTENIDOS EN EL PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO(*)

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR(**)

SUMARIO: I. LOS TRABAJOS PRELIMINARES PARA ALCANZAR UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO.– II. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE MAYO DE 2019): LAS PROPUESTAS PENALES DE REFORMA.– III. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: El objetivo que tiene este trabajo se centra en analizar el Pacto de Estado contra la violencia de género, que tiene como misión actualizar las medidas de protección integral contra la violencia de género que existen desde la Ley Orgánica 1/2004 y consolidar el consenso que rodeó la aprobación de esa ley. Se estudian las medidas de naturaleza penal previstas en el Pacto en cuya elaboración se ha prescindido de la opinión experta de los penalistas y ello deriva en que no siempre están suficientemente fundamentadas las modificaciones legales que se proponen. En unos casos porque carecen de la sistemática necesaria que haga que el Código penal resulte coherente y consecuente en la regulación de la violencia de género, en otros porque se oponen o ponen en cuestión principios consolidados en el Derecho Penal.

Palabras clave: violencia de género; violencia contra la mujer; Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Abstract: The aim of the paper is to analyze the State Pact against gender violence, whose mission is to update the comprehensive protection measures against gender violence that exist since Organic Law 1/2004 as well as to consolidate the consensus that prompted the approval of that law. The paper assesses the measures of criminal nature provided for in the Pact which have been elaborated without taking into consideration the expert opinion of criminal law academics. Therefore, the proposed legal modifications are not always sufficiently substantiated. In some cases, because they lack the necessary systematic to make the Penal Code coherent and consistent with the regulation of gender

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 1 de marzo de 2021.

(**) Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. Investigador responsable del Grupo de Estudios Penales en cuyo marco y objetivos de la investigación se realiza esta contribución.

violence, and in others because they oppose or challenge some principles consolidated in Criminal Law.

Key words: gender violence; violence against women; State Pact against Gender Violence.

I. LOS TRABAJOS PRELIMINARES PARA ALCANZAR UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Partiendo del reconocimiento de que la violencia de género es uno de los principales problemas que sufre nuestro país y de la necesidad de recuperar el consenso de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una Proposición no de Ley, con fecha 15 de noviembre de 2016, en la que se instaba al Gobierno a suscribir un Pacto de Estado en materia de violencia de género. A tal fin se estableció la creación en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de una Subcomisión para elaborar un informe con la finalidad de analizar los problemas que presenta la LO 1/2004, atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y efectuar propuestas de actuación que incluyeran reformas legales, para lo cual ante dicha Subcomisión comparecieron 66 personas expertas.

Paralelamente, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia de estudio para elaborar estrategias contra la violencia de género, y en ella comparecieron un total de 52 expertas y expertos en las muy diversas materias que se insertan en la LO 1/2004, asistenciales, educativas, psicológicas, médicas, procesales, penales, policiales, etc., tanto de ámbitos institucionales como asociativos. Algunos comparecientes, también del ámbito universitario, se pronunciaron en varias ocasiones sobre cuestiones estrictamente penales, efectuando propuestas de ampliación o creación de nuevas tipologías delictivas y/o de sus respectivas respuestas penales. Sin embargo, llama la atención la práctica total ausencia de penalistas del ámbito universitario que pudieran aportar una visión desde la ciencia o desde la dogmática del Derecho Penal (1)/ (2).

(1) Exceptuado el caso de la compareciente D.ª María Gavilán Rubio, Jueza Sustituta de la Comunidad de Madrid y Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario María Cristina, a quien concretamente se deben las propuestas de reformar el art. 21.4 CP para suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, así como la de modificar los arts. 48 (para que pueda suspenderse la custodia compartida cuando se esté tramitando un proceso de violencia de género en el que se haya dictado orden de protección) y 187.1 (para tipificar el proxenetismo en todas sus formas).

(2) Lo que, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 229, agranda todavía más

Entre las cuestiones penales, planteadas en el seno de ambas subcomisiones del Congreso y del Senado, una de ellas versaba sobre la necesidad de eliminar la exigencia de elementos subjetivos para apreciar los tipos de violencia de género, algo que finalmente no fue recogido en el Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género, de 13 de mayo de 2019, posiblemente porque la jurisprudencia del TS ya se había encargado de dicha cuestión a raíz de la doctrina emanada de la STS 677/2018, de 20 de diciembre. A partir de la misma se excluye absolutamente la necesidad de un componente subjetivo o elemento intencional en la comisión del delito del art. 153.1 CP (violencia de género ocasional). El ponente de la citada sentencia, D. Vicente Magro Servet, fue uno de los comparecientes que abogó por «la supresión del elemento subjetivo», no tanto por la previsión expresa de ese elemento en el delito cuanto porque alguna jurisprudencia lo había exigido con anterioridad para apreciarlo. Dicha propuesta fue incluida con el n.º 242 en el informe del Senado bajo el título «supresión del elemento subjetivo para la apreciación del delito», y en ella se sugería incorporar a los artículos pertinentes del Código penal la redacción «*con cualquier fin*» o «*con independencia del fin perseguido*», coincidiendo esta propuesta con la del documento de estudio del C.G.P.J del año 2016 sobre la aplicación de la LO 1/2004, que se expresaba en el mismo sentido (3). Con ello se habrían solventado las cuestiones de carácter subjetivo relacionadas con los tipos de violencia de género, dejando en cambio sin respuesta las de carácter objetivo (si debería exigirse en el caso concreto para estimar concurrente el delito, la existencia de una posición de dominio, poder o desigualdad entre hombre y mujer, lo que la jurisprudencia más reciente del TS también ha descartado). Aunque finalmente el Pacto de Estado prescindió de esta propuesta legislativa por resultar innecesaria, dada la posición interpretativa últimamente adoptada por el TS, podemos repasar alguno de los argumentos de quienes rechazaban que fuera exigible la intención subjetiva de subyugar o someter a la mujer para que exista una condena por violencia de género: «consideran fundamental que no sea necesario indagar si el agresor pretendía establecer una

«la brecha existente entre lo que la academia preconiza, con base en resultados obtenidos empleando metodología científica, y lo que la clase política, seguramente con el objetivo último de extraer el correspondiente rédito electoral, se propone hacer».

(3) *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es), entre cuyas conclusiones figuraba la no exigencia del elemento intencional de dominación o machismo en la conducta del autor. Se recordaba la existencia de una clara división interpretativa en este tema, decantándose por la opción interpretativa de la no exigencia de esa prueba, sino solo del hecho de golpear o maltratar. Urgía por ello la reforma de los tipos penales de violencia de género añadiendo la expresión «el que con cualquier intención» (pp. 203 s.).

relación de poder sobre la mujer» (4) «porque dificulta extraordinariamente que se produzca una condena» (5) o constituye una *probatio diabólica* (6). Sin embargo, por un lado, la condena está prácticamente garantizada en la medida en que, a falta de un elemento (objetivo o) subjetivo que cualifica la infracción, el hecho no queda impune, sino que entraría en aplicación el tipo básico y subsidiario (7) y, por otro lado, las dificultades probatorias no tendrían que servir como excusa para renunciar a la prueba y, en consecuencia, a la evidencia de que con ese acto se reproduce «sin la menor duda» una pauta patriarcal o machista. El problema es que esta prueba es mucho más difícil de lograr en un maltrato de obra leve y ocasional (que constituye un tipo específico de violencia de género) que en un asesinato (que no constituye un tipo específico de violencia de género). Por otro lado, la eliminación de toda referencia subjetiva en los tipos de violencia de género contrasta con la recomendación del Pacto de aplicar la circunstancia cuarta del art. 22 del Código penal (motivos discriminatorios por razones ... de género) «*en todos*

(4) Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el documento de Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de violencia de género (en adelante informe de la Subcomisión), p. 49; la misma sugerencia de eliminación del elemento subjetivo —«afán de dominación»— y, por consiguiente «extender el elemento objetivo a todos los tipos delictivos de violencia de género» formuló en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», aprobado por la Comisión de igualdad del Senado, en su sesión de 28 de julio de 2017, p. 15. En igual sentido la comparecencia en el Congreso de Paloma Marín López (Magistrada, ex Secretaria Técnica del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ), proponiendo la adición a los tipos penales concernidos (esto es, las manifestaciones más leves de la violencia de género) del inciso «con cualquier fin», obrante en el informe de la Subcomisión, p. 53.

(5) Comparecencia en el Congreso de Ángeles Carmona Vergara (Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 25; la misma sugerencia de supresión del elemento subjetivo —«afán de dominación»— en todos los tipos delictivos relacionados con la violencia de género efectuó en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», p. 11.

(6) Comparecencia en el Senado de Mercé Claramunt Bielsa (abogada especialista en violencia de género), obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», p. 20.

(7) Teóricamente en el caso del art. 153.1, sería el art. 153.2, ambos perseguibles de oficio. Otra cuestión es que el tenor literal de ambos preceptos se encuentra redactado en modo de exclusión recíproca (por lo que, aparentemente, de no apreciarse el tipo del art. 153.1, el hombre respondería tan solo de un delito leve —art. 147.2 y 3— perseguible mediante denuncia), si bien, el voto particular de la STS 677/2018 considera que no es la única interpretación posible y que el art. 153.2 sería aplicable a ambos integrantes de la pareja, cualquiera que fuera su sexo.

los casos en el que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual» (8). Tanto en éstos como en todos los delitos en los que se proponga la circunstancia de razones de género es difícil prescindir de la motivación como elemento que sustenta la agravación (9).

Un segundo aspecto destacable de las comparecencias en el seno de las Subcomisiones del Congreso y del Senado fue la recurrente deturpación del concepto de violencia, al ampliarse hasta extremos sinuosos que resultan incompatibles con su concepto jurídico-penal o que lo desbordan. Se afirmó en primer lugar que «el término violencia implica conductas que rebasan el nivel de lo aceptable», hasta el punto de poner de manifiesto que se debate si en el «micromachismo» hay violencia (10). Se emplearon numerosas variantes adjetivas de la violencia. Así, la expresión «violencia virtual» se utilizó para referirse a comportamientos violentos entre menores y adolescentes agravados por el uso de nuevas tecnologías (11), y la de «violencia de género digital» para aludir a la «sextorsión» o a la «pornovenganza» y al control de las adolescentes en las redes sociales por parte de sus parejas o exparejas (12); sin embargo, al margen de que la denominada «ciberdelincuencia de género» constituya en el futuro un tipo penal independiente (13), el carácter violento de tales conductas resulta forzado. Otra variante de dudosa naturaleza penal fue la de «violencia corporal» en el ámbito laboral, subyacente al hecho de exigir a la mujer vestir de una determinada manera (14). No menos elocuente con relación a los delitos sexuales resulta la locución «violencia expresiva», en el sentido de que «el violador en realidad se dirige a otros hombres en una especie de rito que

(8) Propuesta de actuación n.º 92 del Informe de la Subcomisión del Congreso.

(9) A favor incluso de introducir expresamente en los tipos de violencia de género el elemento anímico de la discriminación como presupuesto de los mismos, SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 98.

(10) Comparecencia en el Congreso de Begoña Marugán Pintos (Adjunta a la Secretaría de la Mujer de la Federación de Servicios de CCOO, Doctora en Sociología y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 101 s.

(11) Comparecencia en el Congreso de Joaquín Pérez de la Peña (Jefe de la Unidad de coordinación contra la violencia sobre la mujer de la Delegación del Gobierno en Andalucía), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 59.

(12) Comparecencia en el Congreso de Jorge Flores Fernández (Fundador y Director de Pantallas Amigas), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 114 s.

(13) Comparecencia en el Congreso de María José Ordóñez Carbajal (Delegada del Gobierno para la violencia de género), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 206.

(14) Comparecencia en el Congreso de Carla Millán Peñaranda (Responsable de derechos e igualdad de oportunidades del Consejo de la Juventud de España), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 75.

tiende a demostrar su masculinidad» (15), y ello al margen o como añadido de la violencia que es inherente al hecho mismo de la violación.

Tales referencias a la violencia de género, a veces en formas sutiles y muy diversas, guardan relación con una ampliación progresiva del concepto de violencia de género en las convenciones internacionales. La definición de violencia contra la mujer contenida en el art. 3 a) del Convenio de Estambul como violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres designa *«todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada»*. Al margen del hecho nada irrelevante de que el texto internacional no reduce la violencia contra la mujer a la que se ejerce dentro de la pareja, sino que la extiende a las violencias que tengan lugar en las relaciones hombre-mujer en comunidad en general, de acuerdo con esta definición es posible comprender como violencia de género en sentido amplio un conjunto de conductas delictivas que, aunque puedan, por ejemplo, causar sufrimientos psicológicos a las víctimas, no constituyen en nuestro Código penal un tipo que podamos denominar, ni siquiera en sentido amplio, de «violencia de género» (16), sino un delito contra la intimidación o contra las relaciones familiares, con independencia de que al mismo pueda corresponderle una circunstancia agravante de género. En el citado convenio se limitan las formas delictivas que los Estados Parte se comprometen a tipificar, a saber, violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzados y acoso sexual. Es decir, no se incorporan al convenio otros hechos delictivos que se encuentran tipificados en nuestra legislación penal como delitos comunes, aunque puedan suponer a las mujeres que sean víctima de los mismos daños o sufrimientos de naturaleza psicológica o económica que las «violentan». No obstante, con base en la definición contenida en el convenio, se proclamaron por alguno de los expertos que comparecieron en el Parlamento como formas de violencia o de perpetuar la violencia contra las mujeres conductas tales como el impago de pensiones e hipotecas (17), proponiendo, en consecuencia, que

(15) Comparecencia en el Congreso de Justa Montero Corominas (Miembro de la Asamblea Feminista de Madrid), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 144.

(16) Conviene aclarar que en nuestro Código penal, en virtud de la LO 1/2004, los «tipos o delitos de violencia de género» son únicamente cuatro (lesiones, maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves: arts. 148.4.º, 153.1, 171.4 y 172.2) y se reducen, además, a las relaciones de pareja presentes o pasadas.

(17) Comparecencia en el Congreso de Susana Martínez Novo (Presidenta de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 129.

el impago de pensiones (o, con la misma coherencia, el alzamiento de bienes) se reconozca como delito de violencia de género de carácter económico (18).

También desde el punto de vista demoscópico se observa una utilización más que extensiva del concepto de violencia contra la mujer, en la medida en que alguna de las conductas que se incardinan dentro del ámbito de estudio no se corresponden, aun cuando representen conductas machistas, ni con violencia de género, ni con otra clase de delito —aunque sea leve— contra las personas. Y así, por ejemplo, si atendemos a la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015, de la misma se puede colegir que aproximadamente una de cada diez mujeres residentes en España de 16 y más años ha sufrido violencia física o sexual por parte de alguna pareja o expareja en algún momento de su vida (pp. 29 y 246). De lo que ya no se puede estar tan seguro es de que se esté aludiendo en todo caso a comportamientos con relevancia jurídico-penal, tanto en lo que respecta a la violencia sexual como también a otra clase de violencias, pues algunas de las que así se califican —y sin más aditamentos— consisten en simples comportamientos machistas éticamente reprobables pero no punibles, ya que está ausente la propia «violencia» contra la persona o la «amenaza» de la misma (19).

De la exacerbación conceptual de la violencia de género se pasa a la exageración cuando se equipara la violencia de género con el terrorismo, como ocurrió entre algunos comparecientes. Es decir, pasamos de que hechos nimios puedan ser violencia de género a que toda violencia de género sea terrorismo, y ni lo uno ni lo otro resulta congruente desde un punto de vista jurídico-penal. Aun cuando por parte de algunos expertos se mencionó úni-

(18) Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 49.

(19) Existe machismo pero no violencia: por lo que respecta a la denominada «violencia sexual», en el hecho de *mantener relaciones sexuales con la pareja sin desearlo por miedo a la reacción de la pareja, o la práctica de relaciones sexuales que la mujer encuentra humillante o degradante*; en supuestos que se clasifican como «violencia psicológica del control», en el hecho de *ignorar a la persona o tratarla con indiferencia, enfadarse si la pareja femenina habla con terceros o sospechar infundadamente de una infidelidad*; en cuanto a la «violencia psicológica emocional», en conductas como *hacer sentir mal a una persona consigo misma, asustar a propósito, por ejemplo, gritando, rompiendo cosas o mirándole de determinada forma*; y, por último en la «violencia económica», relativa a *negarse a dar dinero para gastos del hogar o no dejar trabajar o estudiar fuera de casa*. Es frecuente, como se observa, que el hecho descriptor del machismo se conciba en estos estudios demoscópicos desde el punto de vista de la comprensión de la víctima, y no tanto como descriptor del comportamiento del autor y menos aún de la violencia que comporta. Y ello se entiende porque esos estudios no parten ni son representativos de las conductas con relevancia penal. Pero desde ese punto de vista se envía un mensaje a la sociedad que acrecienta la imagen de la violencia contra la mujer, cuando las destacadas anteriormente son ante todo conductas machistas desprovistas de significación penal.

camente la necesidad de proporcionar a las víctimas de violencia de género las ayudas que reciben las víctimas del terrorismo, otros afirmaron que la violencia de género es una forma de terrorismo. Así, por ejemplo, se empleó la expresión «terrorismo machista» como algo que debe ser considerado cuestión de Estado (20), o se efectuó un paralelismo conceptual destacando sus elementos comunes (21). Se calificó la violencia machista como un tipo más de terrorismo con el argumento de que ha causado más muertes que el terrorismo de ETA, hasta el punto de estimarla, en una nueva confusión conceptual, un «terrorismo de Estado», de modo que así puedan las víctimas acceder a los mismos beneficios que las víctimas del terrorismo de ETA (22). Aunque lo verdaderamente chocante es que el exceso verbal en el que se incurre, calificando como terrorismo la violencia de género, sea aplaudido desde la más alta magistratura (23).

Mención aparte merece la cuestión de la prostitución, pues puede ser contemplada desde el punto de vista de la violencia sexual con un claro componente de género cuando la víctima es una mujer; incluso está directamente asociada con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Más allá del proxenetismo y de su persecución, aunque no sea coactivo y sí lucrativo, el consumo sexual de mujeres se presenta o visualiza como una forma de violencia, según algunos expertos (24). Sin embargo, en el Pacto de Estado contra la violencia de género la prohibición de la prostitución no se aborda. La única propuesta que se efectúa al respecto consiste en desincentivar la demanda de la prostitución mediante campañas de concienciación y talleres de sensibilización dirigidos a los jóvenes (propuesta n.º 265 del Pacto).

(20) Comparecencia en el Congreso de Begoña San José Serrán (Miembro de la Plataforma 7-N contra las violencias machistas), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 95.

(21) Comparecencia en el Congreso de José María Fernández Calleja (Profesor de Periodismo de la Universidad Carlos III de Madrid, Licenciado en Historia por la Universidad de Valladolid, Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 120 s.

(22) Comparecencia en el Congreso de Estela Sánchez Benítez (Vicepresidenta segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, CAPM), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 155. Semejante paralelismo se observó en la comparecencia de Amalia Fernández Doyague (Presidenta de la Asociación de Juristas THEMIS), p. 174, comparando el número de víctimas del terrorismo de ETA (20 anuales) con las del «terrorismo machista» (60/63 anuales).

(23) MAGRO SERVET, Prólogo al *Memento experto Violencia Machista, La Ley Digital*, Francis Lefebvre, 2019, p. 9, considera un acierto la denominación *terrorismo de género*.

(24) Comparecencia en el Congreso de Rosario Carracedo Burillo (Portavoz de la Plataforma Estatal de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 141.

II. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE MAYO DE 2019): LAS PROPUESTAS PENALES DE REFORMA

Los trabajos de las Subcomisiones de Igualdad en el Congreso y el Senado se nutrieron también de las aportaciones de Comisión General de las Comunidades Autónomas en el Senado y del Observatorio Estatal de violencia contra la mujer. Finalmente, el 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, mientras que el 28 de septiembre de 2017 se aprobó en el Congreso sin votos en contra el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género. En ambos textos, remitidos al Gobierno, se incorporan un conjunto de propuestas de actuación para los próximos años (214 medidas en el caso del Congreso y 267 en el caso del Senado) a partir de las cuales se desarrolla el denominado «Pacto de Estado contra la violencia de género», cuya ratificación por parte de Grupos Parlamentarios, CCAA y entidades locales tuvo lugar en diciembre de 2017.

Pues bien, en el Documento refundido del citado Pacto de Estado, de 13 de mayo de 2019, dentro del Eje 2 (sobre mejora de la respuesta institucional), en su punto 2.6 (relativo a justicia), se incorporan algunas medidas en materia penal, de las cuales solo seleccionamos a continuación para comentar sucintamente las que se refieren a la materia penal sustantiva, tanto desde la perspectiva de las tipologías delictivas como de las circunstancias modificativas de la responsabilidad:

a) La n.º 102 consiste en «*ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*». Esto implica, en primer lugar, que la violencia de género no se limite a la derivada de las relaciones de pareja, sino que comprenda también la realizada fuera de ese ámbito y, por tanto, en cualquier esfera social o comunitaria, pero siempre que la violencia tenga lugar por la condición femenina de la víctima (violencia contra la mujer porque es una mujer). En segundo lugar, debe distinguirse entre el concepto de «*violencia contra las mujeres*» y el de «*violencia de género*», ya que aquél, según el Convenio de Estambul, comprende no solo la «*violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*» (manifestaciones de la violencia contra las mujeres ya reconocidas como violencia de género por el art. 1.3 de la LO 1/2004), sino también los actos de violencia basados en el género que impliquen o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza económica (art. 3.a del Convenio de Estambul). Por otro lado, se acotan en el Convenio de Estambul como hechos que deben ser tipificados por los Estados parte toda una serie de delitos que no necesariamente vienen definidos por el género

del sujeto pasivo, pues salvo en dos de ellos —la mutilación genital femenina (art. 38) y el aborto y esterilización forzosos (art. 39)—, aquél se caracteriza en el resto de tipologías delictivas de modo neutral como «persona», lo que hace pensar que si se designan éstos, y no otros especialmente, es porque afectan a las mujeres de manera desproporcionada. Tras la reforma del CP de 2015 prácticamente todos esos delitos se encuentran ya reconocidos como figuras delictivas en nuestro ordenamiento jurídico, constituyan o no tipos o delitos de violencia de género, y por ello sin perjuicio en este último caso de la aplicación de la agravante de género, circunstancia que realmente permite configurar esos delitos de violencia contra la mujer (que no constituyen tipos de violencia de género conforme a la LO 1/2004) como «*violencia contra la mujer por razones de género*» (concepto diferenciado del de «violencia contra la mujer», que se recoge y define en el art. 3.d del Convenio de Estambul como «*toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*») (25).

Al margen de ello, otras medidas previstas en el Pacto incluyen la modificación o ampliación de ciertos delitos concretos pero comunes. En particular, se propone estudiar la ampliación del art. 172 ter CP (acoso persecutorio) para cubrir mejor las conductas de suplantación de personalidad (medida n.º 111), dejar de considerar como delitos leves las injurias y calumnias a través de redes sociales en el ámbito de la violencia de género (medida n.º 112), así como excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de condena (medida n.º 118).

b) La n.º 106 reza lo siguiente: «*suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad*». Esta propuesta coincide textualmente con la n.º 88 contenida en el Informe del Congreso,

(25) Se trata de los siguientes comportamientos (todos ellos contemplados hoy por hoy de una u otra forma en el Código penal español): violencia psicológica (art. 33); acoso (art. 34); violencia física (art. 35); violencia sexual, incluida la violación (art. 36); matrimonios forzosos (art. 37); y acoso sexual (art. 40). Sin embargo, la medida n.º 104 aclara que la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto por la LO 1/2004, se regirá por las leyes integrales y específicas que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Entre tanto esto no se produzca se prevé que reciban un tratamiento preventivo y estadístico, pero «*la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código penal y las leyes penales especiales*». Por lo tanto, a todos esos delitos del convenio, para ser considerados desde la perspectiva de género, les podrá ser de aplicación en su caso la agravante de género, aunque particular y destacadamente en los delitos sexuales y de mutilación genital femenina, como se verá más adelante.

aunque también guarda relación con la n.º 240 del Informe de la Ponencia del Senado, si bien ésta, más cautelosa, reservaba la posible supresión de la atenuante a delitos con resultado de muerte, fueran o no de género, y que, al menos, la rebaja no fuera automática por el mero hecho de declarar culpabilidad. Pues bien, prever la inaplicación de una circunstancia atenuante común inauguraría una excepción en la relativa discrecionalidad del juez para apreciar circunstancias atenuantes, ya que debe hacerlo de acuerdo a un determinado fundamento material que explique la atenuación y al cumplimiento de los correlativos requisitos legales, aunque se permite la analogía y por ello su campo de aplicación es abierto, lo que choca frontalmente con su supresión para estos delitos. La propuesta carece de precedentes, pero también de justificación, y ello al margen de los estándares constitucionales con relación al principio de igualdad, por cuanto respecto de una misma conducta el hombre se vería privado de una atenuación que sí se reconocería para la mujer al obrar de modo semejante. Por un lado, no se comprende que se pueda suprimir una atenuante respecto de todos delitos de violencia de género (recordemos que la mayoría aluden a conductas leves, puntuales y ocasionales), y no de otros que son mucho más graves, como terrorismo, asesinatos, etc. Por otro lado, la inaplicación de la atenuante —más que su supresión— «*cuando los hechos permitan atribuir fehacientemente la autoría del delito*» tendría que generalizarse para el resto de delitos comunes (tanto si la víctima es mujer como si es hombre) si se estima que no se justifica la atenuación de la pena en la medida en que deja de tener fundamento una disminución de la pena basada no solo en las menores exigencias de prevención especial, sino sobre todo en la necesidad de favorecer el funcionamiento de la Administración de Justicia, coadyuvando a la pronta resolución de las causas (26). Precisamente por estar fundada ya no en un elemento subjetivo de arrepentimiento, sino en la utilidad de la confesión, es cierto que pueden existir evidencias incuestionables que resten valor a la confesión negando un efecto atenuante a la aceptación de la evidencia. Y si bien hay que huir de automatismos en la aplicación de la atenuante ajenos a criterios teleológicos (27), sin embargo, como señala la STS 155/2004, de 9 febrero, «*la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a*

(26) GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 193 ss., quienes añaden que la incidencia mayor o menor sobre la pena «*debería determinarse analizando el nivel de compensación que el comportamiento postdelictivo aportó respecto de la necesidad de declarar la culpabilidad del sujeto e imponerle una sanción que revoque la conmoción creada por el delito*».

(27) GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión*, p. 195.

la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico», por lo que si ésta se produjo antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra el autor, se dan todos los requisitos legales para apreciar la circunstancia, aunque otra cosa será cuál deba ser entonces el efecto atenuante de la circunstancia, que puede limitarse al mínimo posible en el uso del arbitrio judicial (en este sentido p. ej., SAP de Valencia, sec. 1, 455/2019, de 21 de octubre). Debe tenerse en cuenta, además, que está generalmente admitida la circunstancia atenuante análoga con relación a la confesión cuando no concurren todos sus requisitos, particularmente el cronológico, aplicando el TS la atenuante análoga si el culpable colabora con su confesión de manera activa y eficiente con los fines de la Justicia (STS 692/2012, de 25 septiembre).

c) La n.º 107 prevé «suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género». La propuesta de supresión, a diferencia de la anterior, adolece de cualquier mínimo razonamiento y es tan objetable como aquélla. Aunque la reparación del daño pudiera mantener algunos efectos al margen de la atenuación de la pena (por ejemplo, para la suspensión de la pena privativa de libertad), no se explica ni justifica la posible eliminación de esta circunstancia atenuante con relación a los delitos de violencia de género (28). Con semejante ausencia de motivación podría proponerse la supresión de toda circunstancia atenuante en estos delitos, o al menos de aquellas que dependan del agresor, como la grave adicción o el arrebató u obcecación. Pero cabe preguntarse qué delitos tan graves son éstos que estarían sustraídos al régimen general de las atenuantes: ¿solo los tipos de violencia de género, que en general representan conductas leves y ocasionales, o también cualquier delito grave, menos grave o leve en el que se aprecie la concurrencia de la agravante de haber obrado por razones de género?

Por el contrario, y esto sí resulta llamativo, el Pacto de Estado contra la violencia de género no efectúa mención alguna al rechazo de que la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» puedan servir para justificar (excluyendo la pena o atenuándola) cualquiera de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul (como se previene expresamente en su art. 42).

(28) La frecuencia en la aplicación de esta circunstancia y de la anteriormente mencionada en la letra b) en los delitos de violencia de género, como argumento para llegar a plantearse su supresión, es dudosa. En el *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es) se indica que «confesión y reparación del daño aparecen como circunstancias atenuantes en cinco sentencias cada una (1,33% del total de sentencias condenatorias en cada caso), lo que supone una prevalencia inversa a la observada en las causas por delitos contra la vida consumados, en las que es moneda corriente la confesión y harto excepcional la reparación; divergencias que se explican fácilmente como consecuencia de la distinta gravedad de los delitos» (p. 213).

d) La n.º 108 indica *«generalizar la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal para los casos de mutilación genital femenina»*. Entendiendo que dicha propuesta está referida a la agravante de género, resulta controvertido cómo se puede «generalizar» la aplicación de tal circunstancia, pues la misma tendrá que ser aplicada única y exclusivamente cuando concurren sus requisitos (objetivos y subjetivos), tanto en el delito de mutilación genital femenina, como en todos aquellos, estén o no especialmente previstos en el Convenio de Estambul, en los que proceda aplicar dicha circunstancia. En principio ello será posible en la medida en que nuestro CP establece un delito de mutilación genital genérico del que puede ser autor y víctima tanto el hombre como la mujer (art. 149.2), por lo que la circunstancia de género no es inherente al delito (incluso sería aplicable a un sujeto activo mujer que realizara la conducta por razones de género).

e) La n.º 110 relativa a *«recomendar la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 22 del Código penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión y abuso sexual de los artículos 178 a 183 bis del Código Penal»* se conecta claramente con la propuesta anteriormente reseñada, aunque difieren en el verbo con que se explicitan una y otra, esto es, en aquel caso «generalizar» y en este «recomendar». Ni lo uno ni lo otro procede como materia legislativa, en tanto en cuanto la vigencia del Convenio de Estambul, de la propia circunstancia agravante de «razones de género» y de la jurisprudencia sobre la misma, hacen innecesario e inane cualquier otra medida de tipo legislativo, correspondiendo solo en sede judicial aplicar o no la agravante, al margen de recomendaciones o pretendidas generalizaciones. Pero si en este caso se recomienda también que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer o por razones de género es porque, quizás, en las «violencias sexuales» a que se hacen referencia en los arts. 178 a 183 bis CP el contexto discriminatorio hacia la mujer resulta consustancial a esta clase de comportamientos tan sub-culturalmente condicionados, pero no lo es en cambio la motivación sexista del autor, que habría que probarla caso por caso.

f) En el n.º 113 se alude a *«incluir en la redacción del artículo 184 del Código Penal, una circunstancia específica en los delitos de acoso sexual, que debería contemplar el móvil de actuar por razones de género, atentando gravemente contra la dignidad de la mujer»*. A diferencia de los dos casos anteriores en los que se parte de la aplicación de una circunstancia agravante genérica y común a todos los delitos, respecto del delito de acoso sexual se propone insertar en el tipo una circunstancia agravante específica que no se acierta a entender de entrada, porque al margen de exigir un determinado móvil del autor, se vincula a un atentado grave contra la dignidad de la mujer. Dicho concepto jurídico indeterminado dificultaría la apreciación de la circunstancia específica, dando

lugar a preguntarse si habría que apreciar la circunstancia genérica cuando dicho atentado contra la dignidad de la mujer no fuera calificado de grave. Por ello lo lógico sería mantener una posición legislativa coherente y sistemática con todos los delitos que son calificados como violencia de género o, más ampliamente, de violencia contra la mujer, en la medida en este último caso en el que sean compatibles con la agravante de dicho nombre: o bien incluir una agravante específica en todos, o bien dejar abierta la apreciación judicial de las agravantes genéricas cuando se pruebe su concurrencia.

g) En el n.º 128 se menciona la «*modificación del Art. 22.8 del Código Penal para considerar reincidencia cuando el mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer, en consonancia con el Convenio de Estambul, abriendo la posibilidad de incluir reincidencia si el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres*». El Convenio de Estambul no se pronuncia sobre una definición o concepto de reincidencia que comprenda el supuesto de que un hombre cometa distintos delitos contra la misma mujer o distintos delitos de género contra distintas mujeres. Contempla únicamente en el art. 46 como circunstancia agravante, siempre que no sea de por sí elemento constitutivo del delito, «que el delito, o los delitos conexos, se hayan cometido de forma reiterada». Respecto de la propuesta de confusa redacción, la ampliación de la agravante de reincidencia, más allá de la reincidencia específica prevista en el Código penal (delito comprendido en el mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza), cuando la víctima sea la misma mujer o, incluso, distintas mujeres no se justifica desde la perspectiva de género, pues cometer distintos delitos contra una misma mujer no significa automáticamente que estén presentes la razones de género que deberían subyacer a la ampliación de la circunstancia agravante. Por tanto, de estimarse necesaria una extensión de la agravante de reincidencia habría de serlo porque un mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer o distintas mujeres «por razones de género».

III. REFLEXIONES FINALES

Efectuado este rápido repaso a las propuestas prelegislativas de índole penal contenidas en el Pacto de Estado contra la violencia de género, procede indicar que, a la vista de las numerosas dudas que plantean las reformas penales propuestas, debe efectuarse una profunda revisión de las mismas y su acomodación a una política legislativa de carácter punitivo en materia de violencia de género que sea sistemáticamente coherente y que resulte acorde con los principios del Derecho Penal.

Por una parte, el legislador debe sistematizar adecuadamente la regulación de las conductas de violencia contra la mujer en el Código penal. Actual-

mente combina la existencia de tipos de violencia género específicos (esto es, delitos especiales, que son tipos cualificados pero normalmente conductas leves y ocasionales) con delitos comunes —en algunos casos verdaderos exponentes de la violencia contra la mujer, como el asesinato— a los que se puede aplicar el elenco de circunstancias agravantes con fundamento en los mismos elementos que cualifican la violencia de género, lo que comporta algunas incongruencias valorativas. Para soslayarlas dispone de otras alternativas: o bien la creación adicional (a los ya existentes desde 2004) de tipos específicos de violencia de género, que presentan el inconveniente en nuestro Código penal de que limitan su aplicabilidad a la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo exista o haya existido una relación de pareja presente o pasada, o bien articular la respuesta penal a la violencia contra la mujer por razones de género —en el sentido amplio que se deduce de la normativa internacional— mediante el juego de las circunstancias agravantes (genéricas o específicas) que permiten ampliar el campo penal más allá de las relaciones de pareja. De este modo el delito se aplica en su forma cualificada o agravada siempre que la víctima sea una mujer y la conducta esté motivada por razones de género, es decir, el autor debe haber cometido delito en consideración al género femenino del sujeto pasivo. Por ello no se igualan necesariamente las violencias de género, puesto que en la mayor parte de los supuestos que tienen como sujeto pasivo a la pareja femenina —en los que se concentra un riesgo lesivo superior— es posible apreciar no solo la agravante de género, sino también la de parentesco (sin perjuicio de otras agravantes como el abuso de superioridad, etc.).

Por otro lado, al margen de si el concepto de violencia de género del Código penal debe ampliarse o no a cualquier víctima femenina o solo a aquella que sea o haya sido pareja del autor, debe procurarse no utilizar de un modo ambivalente y ambiguo el concepto de «violencia de género» o de «violencia contra la mujer por razones de género», como propicia el propio Convenio de Estambul. Un delito contra la mujer por ser mujer no tiene por qué constituir una violencia de género en el sentido actual del Código penal (esto es, hechos realizados con violencia o con la amenaza de violencia), aunque sí puede dar lugar a un delito ajeno a la violencia pero agravado por realizarse en consideración a la condición femenina del sujeto pasivo, es decir, con una motivación machista que infravalora y discrimina a la mujer. El reduccionismo del lenguaje podría acabar perturbando el correcto entendimiento de las figuras delictivas que han de ser juzgadas desde la perspectiva de género.

Además, estimar que la erradicación del fenómeno de la violencia de género es posible a través de sucesivas reformas del Código penal, por mucho que vayan acompañadas de toda clase de medidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, es demasiado ingenuo. Éste es uno de los objetivos declarados del Pacto de Estado contra la violencia de género y, pese a lo loable de la intención, depositar en el Código penal tales cargas irrealizables deriva en la

propensión del legislador a ampliar las estrategias punitivas sin medida ni auténtica reflexión, pues lo hace en el marco de una política-criminal panpunitivista contra la violencia de género. Un ejemplo de dicho proceder lo encontramos en la propuesta de suprimir atenuantes (confesión, reparación del daño) o de ampliar agravantes comunes (reincidencia), cuyo único fundamento reside en la circunstancia objetiva de que se realiza en el marco de un delito cometido por un hombre contra una mujer, contemplado desde la perspectiva del trasfondo sociológico que subyace a la diferencia de género. El modo de frenar los posibles excesos es someter las propuestas a los principios del Derecho penal, y, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, cualquier elevación de la pena tiene que pasar por el dolo y por la motivación del autor como elementos que fundamentan y modulan respectivamente la responsabilidad penal.

Cabe recordar en este sentido que el único Código Penal de los países occidentales que castiga con una pena superior al hombre que a la mujer por unos mismos hechos en ámbito relacional de la pareja es el nuestro desde 2004 mediante los tipos de violencia de género. Estos tipos, cuyo filtro de constitucionalidad fue superado, se interpretan objetivamente de acuerdo al trasfondo sociológico del comportamiento en la medida en que reproducen una pauta de dominación masculina. De acuerdo con dicha interpretación resultan ajenos a esos tipos la motivación del sujeto o la existencia de una relación de dominación en el supuesto concreto. De esta manera es posible llegar a deducir que cualquier delito de un hombre contra una mujer podría ser contemplado en el futuro *ab initio* desde la perspectiva de género, con la posibilidad de perjudicar punitivamente al autor. Ahora bien, ello solo será conforme a Derecho si se fundamenta sobre la base de las circunstancias objetivas del caso concreto y de las subjetivas del autor que evidencien relaciones de poder que subordinan a la mujer.

Por último, el Convenio de Estambul no impide, pero tampoco obliga ni sugiere que los delitos contra la mujer que describe tengan que ser cualificados con una agravación de la pena en atención al género. Su principal objetivo es asegurarse de que en todos los Estados signatarios dichas infracciones sean necesariamente tipificadas como delito (excepto la violencia psicológica y el acoso, respecto de los que cabe formular reserva para prever únicamente sanciones no penales; art. 78.3), porque les afectan a ellas de un modo desproporcionado. Recordemos que los delitos contemplados en el convenio se configuran de un modo neutral respecto al género del autor o de la víctima. Sin embargo, esto tampoco impide a las Partes la introducción de disposiciones específicas de género y, particularmente, cuando la violencia o el delito de que se trate que se ejerce contra una mujer se produce en el caso concreto «por razones de género», es decir, porque es una mujer (de acuerdo con la propia definición contemplada en el art. 3.d del Convenio de Estambul) y, por lo tanto, por una motivación machista, sexista o discriminatoria por parte del sujeto activo.

EL INCREMENTO DEL GASTO PÚBLICO EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA: COMENTARIO A LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA 2021 (*)

SABINA DE MIGUEL ARIAS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2021: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos.– B) El estado de ingresos.– 2. La parte dispositiva o articulado.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar el contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2021. Con este fin se examina, en primer lugar, la parte correspondiente a los estados financieros de dicha norma legal (relativos a los gastos y a los ingresos) y, en segundo término, su articulado o parte dispositiva. Asimismo, se efectúa una mención a las principales novedades que presenta la referida Ley respecto de los Presupuestos aprobados en el ejercicio 2020.

Palabras clave: Ley de Presupuestos 2021; Comunidad Autónoma de Aragón.

ABSTRACT: This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2021. Moreover, it is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2020 Budget.

Key words: 2021 Budget Act; Community of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de la aprobación anual de la Ley de Presupuestos por parte de las Comunidades Autónomas resulta esencial, en tanto se trata de una institución básica de la organización política en un sistema democrático (1).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 25 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 1 de marzo de 2021.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994, entre otras. Véanse los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2018 y 2020, realizados, respectivamente, por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J., y CARRERAS MANERO, O., en los números 52 y 55 de esta REVISTA.

A estos efectos, la Ley de Presupuestos proyecta el contenido de la *autonomía financiera* de las Comunidades Autónomas constitucionalmente reconocida, siendo, a su vez, un instrumento fundamental para la ordenación económica y la dirección de la actividad financiera autonómica durante el ejercicio (2); es más, dichas circunstancias se ven corroboradas en la situación de crisis sociosanitaria y económica provocadas por la COVID-19.

De acuerdo con lo anterior, este trabajo pretende analizar el contenido de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2021, desde una perspectiva comparada respecto de los Presupuestos correspondientes al ejercicio precedente (2020).

II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2021

La aprobación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2021 se ha llevado a término a través de la Ley 4/2020, de 30 de diciembre (3), siguiendo la estructura habitualmente empleada en el desarrollo de los presupuestos de otros entes territoriales (4). Así, la aprobación de dichos Presupuestos se ha realizado con anterioridad al fin del año 2020, según viene exigido por el artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (5), no habiendo sido preciso hacer uso del mecanismo de prórroga presupuestaria (artículo 111.3 Estatuto de Autonomía de Aragón).

En concreto, la Ley de Presupuestos para 2021 diferencia, por un lado, los *estados financieros* —partidas de gastos (obligaciones a reconocer) e ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otro, una *parte dispositiva o articulado*. De acuerdo con ello, en los epígrafes siguientes serán examinados, en primer término, los estados financieros de gastos e ingresos previstos en la citada norma, para pasar a analizar, ya con posterioridad, el articulado o parte dispositiva.

Ahora bien, y con carácter previo, resulta preciso poner de relieve dos hechos que han resultado decisivos en la elaboración de la mencionada Ley. En primer lugar, el contexto de incertidumbre derivada de la situación de crisis

(2) Así lo vino a afirmar el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 20 de diciembre de 1988.

(3) Publicada en el BOA núm. 258, de 31 de diciembre de 2020.

(4) Las instrucciones previstas para la elaboración de los Presupuestos del ejercicio 2021 se recogen en la Orden del Departamento de Hacienda y Administración Pública de 27 de julio de 2020 (BOA núm. 150, de 30 de julio).

(5) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

sanitaria y socioeconómica provocada por la pandemia de la COVID-19, lo cual afecta, de forma clara, a los ingresos presupuestados por nuestra Comunidad Autónoma. Asimismo, cabe señalar que, en estas especiales circunstancias, se ha dejado en suspenso, durante el presente ejercicio, la aplicación de los objetivos de estabilidad presupuestaria (6), regla de gasto y deuda pública (7).

1. Los estados financieros

A) El estado de gastos

Los créditos iniciales de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2021 suman un importe de 7.454.031 miles de euros, cifra esta que comporta un incremento de 987.501 miles respecto de lo previsto en los Presupuestos del año anterior (6.466.530 miles), lo cual supone un aumento porcentual del 15,3%. Esta circunstancia corrobora la tendencia al alza existente desde el ejercicio 2017, elevándose de forma evidente el montante global presupuestado.

Siguiendo el mandato del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, los créditos incluidos en el estado de gastos se agrupan atendiendo a una triple clasificación, poniéndose de relieve qué concreto órgano efectúa cada uno de los gastos (clasificación orgánica), la naturaleza de tales gastos —o en qué se gasta— (clasificación

(6) El principio de estabilidad presupuestaria es uno de los principios presupuestarios básicos recogido en el artículo 135.1 de nuestra Constitución. Junto a ello, el referido principio se contempla en el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto a tenor del cual: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural». Asimismo, también el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón hace alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

(7) No obstante, el Preámbulo de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2021 advierte que «Este hecho no supone que el Gobierno de Aragón no mantenga su compromiso con la sostenibilidad a medio y largo plazo de las cuentas públicas como forma de preservar y garantizar los servicios públicos, interpretándose en este sentido todos los preceptos que sobre gestión presupuestaria se introducen en el texto». Además, se indica que «La suspensión de las reglas fiscales no supone en modo alguno la desaparición de la responsabilidad fiscal. En este sentido, el Ministerio de Hacienda ha propuesto una tasa de referencia para las comunidades autónomas del 2,2% del PIB, de la cual, el 1,1% será asumido mediante una transferencia extraordinaria. Los presupuestos de la Comunidad se elaboran cumpliendo con la citada tasa de referencia».

económica) y la actividad singular a la que se destina el gasto —para qué se gasta— (clasificación funcional y por programas) (8).

En consecuencia, a la hora de proceder al examen del estado de gastos del Presupuesto para el año 2021, se partirá de las citadas clasificaciones orgánica y económica, destacándose, en cada caso, los entes que han de realizar cada gasto y su específica naturaleza.

En lo que afecta a la *clasificación orgánica*, se produce un aumento general de los créditos para gasto en la práctica totalidad de las Secciones reflejadas en el Presupuesto en comparación con lo previsto en el ejercicio 2020. En este sentido, únicamente se minora la dotación correspondiente a las Cortes de Aragón, que experimenta un descenso del 0,8% (225 miles de euros), manteniéndose constata, por su parte, el crédito correspondiente al Consejo Consultivo de Aragón.

Siendo esto así, los créditos para gasto cuya subida ha sido más acusada, en términos cuantitativos, son los relativos a Diversos Departamentos (606.607 miles de euros más, que comportan un aumento del 54% con respecto al Presupuesto del año 2020) y al Departamento de Sanidad (255.866 miles de euros más, que suponen una subida porcentual del 12,3%).

Junto a ello, se aprecia un aumento en los créditos tocantes a los Departamentos de Educación, Cultura y Deporte (69.136 miles de euros más —6,7%—); Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (19.866 miles —2,5%—); Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (10.257 miles —3,8%—) y Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (7.696 miles —5,4%—).

Igualmente, ascienden los gastos destinados a los Departamentos de Presidencia y Relaciones Institucionales en 4.982 miles de euros (un 2% más respecto del ejercicio anterior); Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial (4.939 miles —8,4%—); Ciudadanía y Derechos Sociales (3.035 miles —0,7%—); Hacienda y Administración Pública (2.466 miles —5,5%—); Economía, Planificación y Empleo (1.373 miles —1%—) y A las Administraciones Comarcales (1.100 miles —1,6%—).

Por lo demás, vienen a incrementarse también los créditos correspondientes a Vicepresidencia del Gobierno (345 miles —17,9%—); Presidencia del Gobierno (38 miles —1,5%—); Consejo Económico y Social (12 miles —2,5%—) y, por fin, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (6 miles —2,6%—).

En lo que afecta al volumen de crédito de las diversas Secciones y Departamentos, como viene siendo habitual, es el Departamento Sanidad

(8) Las mencionadas clasificaciones se recogen en un Anexo de la Ley de Presupuestos ahora comentada.

el que ostenta una mayor importancia cuantitativa, pues su montante global asciende a 2.328.714 miles de euros, lo cual supone el 31% del gasto presupuestado. Junto a ello, destaca la partida prevista para Diversos Departamentos que suma la cuantía de 1.729.754 miles de euros, comportando el 23% del gasto total.

A estas partidas les siguen, aunque ya con cifras menores, los Departamentos de Educación, Cultura y Deporte (1.099.269 miles); Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (815.088 miles) y Ciudadanía y Derechos Sociales (443.359 miles), correspondiéndoles en su conjunto, de forma aproximada, el 32% de la cantidad presupuestada para 2021.

A continuación, con una importancia media desde un punto de vista cuantitativo, se sitúan los Departamentos de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (278.908 miles de euros), Presidencia y Relaciones Institucionales (258.550 miles); Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (148.899 miles); Economía, Planificación y Empleo (140.912 miles); A las Administraciones Comarcales (67.411 miles); Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial (63.426 miles) y Hacienda y Administración Pública (47.423 miles).

Por fin, las Secciones que presentan una dotación menor en el conjunto del Presupuesto del año en curso son, como ha venido sucediendo en ejercicios anteriores, las relativas a las Cortes de Aragón (26.412 miles), Presidencia del Gobierno (2.510 miles), Vicepresidencia del Gobierno (2.270 miles), Consejo Económico y Social de Aragón (496 miles), Consejo Consultivo de Aragón (384 miles), así como al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (237 miles).

De esta forma aparecen desglosados los 7.454.031 miles de euros previstos en el estado de gastos desde el punto de vista de la clasificación orgánica, con el fin de cumplir las diversas obligaciones que corresponden a los Departamentos y Órganos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Una vez efectuado lo anterior, y en lo que se refiere ya a la *clasificación económica* incluida en la Ley de Presupuestos comentada, los créditos para gastos se agrupan, como es habitual, en nueve Capítulos. En concreto, en el ejercicio 2021 los créditos atribuidos para las Operaciones Corrientes —Capítulos I a IV— suman 5.404.201 miles de euros, duplicando ampliamente el importe total de los destinados a las Operaciones de Capital y Financieras (2.018.940 miles) (9).

Siendo esto así, hay que resaltar que la práctica totalidad de los Capítulos integrados en dicha clasificación aumentan su importe en comparación con

(9) En esta línea, los Presupuestos para el ejercicio 2020 destinaban a las Operaciones Corrientes unos créditos totales de 5.068.000 miles de euros, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.384.143 miles.

el Presupuesto del ejercicio 2020. Así, solo la partida de Gastos financieros disminuye respecto del año anterior en un total de 8.892 miles de euros —cifra que supone una minoración porcentual del 4,9%—, mientras que el Capítulo Activos financieros se mantiene constante en relación con las cifras del año precedente.

Por su parte, el Capítulo que más ve aumentado sus créditos desde un punto de vista cuantitativo es el concerniente a Pasivos Financieros (393.860 miles de euros), comportando esta cantidad un incremento porcentual del 44,7%. A su vez, también refleja un ascenso elevado el Capítulo Inversiones Reales (231.635 miles), cifra que, comparada con la prevista en los Presupuestos del año 2020, determina un incremento relativo del 113,4%.

Junto a lo anterior, aumenta de forma notable el monto de las partidas de los Capítulos referentes a Gastos de Personal (168.139 miles) y Bienes Corrientes y Servicios (130.865 miles), cuantías que suponen elevaciones del 7,3% y 14%, respectivamente. Ya de una forma más moderada, aumentan las partidas de los Capítulos Transferencias Corrientes (46.089 miles —2,8%—) y Transferencias de Capital (9.302 miles —3,1%—), destacando el incremento que se produce en el denominado Fondo de Contingencia de Ejecución (16.502 miles), el cual experimenta un ascenso del 114,7% frente a lo presupuestado en el ejercicio 2020 (10).

De conformidad con ello, los Capítulos que ostentan un mayor importe en sus dotaciones desde el punto de vista de la clasificación económica de gastos son los referidos a Gastos de Personal (2.460.718 miles de euros), Transferencias Corrientes (1.706.705 miles), Pasivos Financieros (1.274.418 miles) y Bienes Corrientes y Servicios (1.063.949 miles), representando, en su conjunto, el 87% del gasto presupuestado.

Por lo demás, la relevancia cuantitativa de los Capítulos tocantes a Inversiones Reales (435.877 miles), Transferencias de Capital (306.395 miles), Gastos Financieros (172.829 miles), Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria (30.886 miles) y Activos Financieros (2.250 miles), resulta notablemente inferior a los gastos mencionados en el párrafo anterior.

(10) El Fondo de Contingencia de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». En cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15.1 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

B) El estado de ingresos

Pasando ya a analizar el estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2021, en tanto especificación necesaria de las fuentes de financiación de los créditos integrantes del estado de gastos, es preciso comenzar señalando que aquel asciende a la cuantía de 7.454.031 miles de euros. En consecuencia, tal cifra coincide con la incluida en el estado de gastos, presentándose unos Presupuestos equilibrados, en cumplimiento de la exigencia contemplada en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En concreto, en dicha suma se integran, por un lado, los derechos económicos a liquidar durante el ejercicio 2021 (un total de 5.661.931 miles de euros) y, por otro, el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (1.792.100 miles de euros).

A estos efectos, la estructura del estado de ingresos atiende a una *clasificación económica*, diferenciando entre los Ingresos Corrientes (Capítulos I a V), que ascienden a la cantidad de 5.276.592 miles de euros, y los Ingresos de Capital (Capítulos VI a IX), los cuales suman un total de 2.177.439 miles de euros. Por tanto, y como queda patente, los ingresos citados en primer lugar duplican ampliamente los mencionados Ingresos de Capital.

En cuanto a los *Ingresos Corrientes*, aunque los mismos han experimentado un leve aumento global en relación con los Presupuestos de 2021, la mayoría de los Capítulos que los integran han sufrido una disminución; así, únicamente se aprecia un acenso en el Capítulo referido a Transferencias Corrientes, el cual ha aumentado un total de 435.775 miles de euros —cifra esta que determina un incremento relativo del 38,1%—.

Frente a ello, en los restantes Capítulos comprendidos en esta tipología de ingresos se aprecia un descenso, siendo el más acusado el que se produce en los Impuestos Indirectos (355.703 miles de euros menos), lo que representa una minoración porcentual del 15,4% respecto de lo previsto para el ejercicio 2020. A su vez, se reducen también las cuantías de los Capítulos Impuestos Directos (4.424 miles —0,3%—), Tasas y Otros Ingresos (4.203 miles —4,5%—) e Ingresos Patrimoniales (109 miles —0,9%—).

Ya en lo que afecta a los *Ingresos de Capital*, los mismos experimentan un elevado incremento en comparación con los Presupuestos del año 2020 (916.166 miles de euros más, que conllevan un aumento global del 72,6%). Ello aparece provocado, en gran medida, por el ascenso de la cuantía correspondiente al Capítulo Pasivos Financieros —que experimenta una elevación de 697.757 miles de euros, lo que comporta un 64,6% más en relación con el ejercicio anterior— y al Capítulo Transferencias de Capital —el cual, por su parte, aumenta en 223.839 miles de euros, lo que supone un incremento porcentual del 138,6%—.

Por el contrario, no se incluye previsión alguna en lo tocante a la partida del Capítulo correspondiente a la Enajenación de Inversiones Reales (lo cual determina 4.590 miles de euros menos respecto del ejercicio anterior), mientras que el Capítulo Activos Financieros se minora en 841 miles de euros, dato que representa un decremento relativo del 5,6%.

De conformidad con lo anterior, del estado de ingresos del Presupuesto correspondiente a 2021 se infiere que los gastos a que ha de hacer frente la Comunidad Autónoma de Aragón son financiados, de manera principal, a través de las siguientes *fuentes*: Impuestos Indirectos (1.946.018 miles de euros), Pasivos Financieros (1.777.866 miles), Impuestos Directos (1.649.808 miles) y Transferencias Corrientes (1.580.163 miles). De hecho, tales Capítulos suponen el 93% de los ingresos del presente ejercicio.

Asimismo, presentan una importancia inferior desde la perspectiva de su cuantía los Capítulos Transferencias de Capital (con un importe de 385.338 miles de euros) y Tasas y Otros Ingresos (88.574 miles). Por fin, los Capítulos que ostentan una menor dotación económica son los referentes a Activos Financieros (14.233 miles) e Ingresos Patrimoniales (12.027 miles), mientras que no existe ninguna previsión en la partida de Enajenación de Inversión Reales.

2. La parte dispositiva o articulado

Una vez finalizado el estudio de los estados financieros de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2021, es necesario analizar su articulado, con el fin de comprender el contenido y los efectos de los referidos Presupuestos. No en vano, se trata de una verdadera norma jurídica cuyos preceptos determinan el destino y límites de los créditos del estado de gastos, legitiman la obtención de ciertos ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento) y regulan distintos aspectos de los mismos.

En concreto, en la parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2021 se incluyen 63 artículos —distribuidos en 8 Títulos—, 38 disposiciones adicionales, 3 disposiciones transitorias y 5 disposiciones finales, con un contenido similar al de ejercicios precedentes.

El *Título Primero* de la Ley de Presupuestos —titulado «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 y 2)— recoge el contenido esencial de esta norma, especificando la totalidad de los ingresos y gastos del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2021, así como otros aspectos que afectan a su cómputo.

En esta línea, el apartado primero del artículo 2 de esta norma contiene el importe estimado de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos

cedidos —que ascienden a 197.587 miles de euros (11)—, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (12) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (13). Mientras que, por su parte, el apartado segundo del referido precepto de la Ley de Presupuestos se encarga de precisar que, con carácter general, no se actualiza en 2021 el importe de las tasas exigidas en esta Comunidad Autónoma (14).

A su vez, el *Título Segundo* de la Ley ahora analizada lleva por rúbrica «DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 3 a 11), regulando el régimen aplicable a los créditos contenidos en el estado financiero de gastos y las alteraciones que pueden producirse en estos durante el ejercicio.

De esta forma, el artículo 3 de la Ley de Presupuestos viene a recordar el carácter *limitativo* y *vinculante* de los créditos autorizados en los diferentes programas de gasto de las clasificaciones orgánica y funcional por programas, aludiéndose también —ya en el apartado segundo de este precepto— a la específica vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a cada uno de los Capítulos integrantes de la clasificación económica.

A continuación, en relación con la imputación temporal de los gastos, el artículo 4 de la Ley examinada se encarga de precisar que solo pueden contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos que se realicen en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario. Ahora bien, es posible imputar a los créditos del presupuesto vigente las órdenes de pago derivadas de compromisos de gastos

(11) De ellos, 2.101 miles de euros corresponden al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; 5.371 miles a las deducciones de la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 190.115 miles al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

(12) De conformidad con este precepto: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(13) A tenor del cual: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba previsión alguna en este sentido en su artículo 55.

(14) A estos efectos, el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón establece que: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

debidamente adquiridos en ejercicios precedentes, para lo cual no es precisa la autorización del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

De esta manera, viene a advertirse que los gastos derivados de compromisos adquiridos en ejercicios anteriores, con omisión del trámite de fiscalización, necesitarán su previa convalidación por el Gobierno de Aragón para poder ser imputados al ejercicio corriente. Y se señala, por fin, que en el caso de que no exista ningún crédito adecuado en dicho ejercicio, tendrán que concretarse los créditos a los que habrá de imputarse el pago de estas obligaciones.

Desde otra perspectiva, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos recoge una serie de créditos del estado de gastos que ostentan la condición de *ampliables*, de conformidad con el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (15). A tal fin, la financiación de dichos créditos podrá efectuarse mediante la baja en otros créditos para gastos y, de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de tesorería, en función del grado de cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículo 5.2 Ley de Presupuestos).

Asimismo, se permite al titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública acordar la realización de determinadas retenciones y transferencias de crédito —a favor de servicios, para la gestión unificada de obras, suministros o adquisiciones, pago de tributos o en orden a efectuar actuaciones de carácter institucional— (artículo 6 Ley de Presupuestos).

Con independencia de lo anterior, el artículo 7 de la norma analizada viene a hacer realidad la autorización contenida en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la medida en que aquel se refiere a la posibilidad de que se agreguen a los Presupuestos del año 2021 los remanentes de créditos, si bien ello ha de realizarse de forma excepcional y de manera condicionada a la existencia de cobertura financiera acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos. Es más, y de conformidad con las previsiones que anteceden, el artículo 8 de la Ley de Presupuestos viene a advertir que las transferencias, generaciones, ampliaciones de crédito e incorporaciones de remanentes, llevadas a término de acuerdo con la normativa vigente, habilitarán la apertura de las aplicaciones precisas en la estructura presupuestaria.

(15) Como sucede, por ejemplo, con los créditos derivados de transferencias de competencias de la Administración General del Estado o de otras Administraciones Públicas que se efectúen este ejercicio; los dirigidos al pago de intereses y demás gastos derivados de operaciones de endeudamiento o los destinados a las retribuciones del personal en cuanto precisen ser incrementadas como consecuencia de modificaciones salariales establecidas con carácter general.

Por su parte, se incorpora una garantía para aquellos ingresos de derecho público que hayan sido legalmente afectados a la realización de políticas o finalidades de interés público, previendo que los correspondientes créditos presupuestarios deberán estar dotados, como mínimo, con el importe estimado en el ejercicio presupuestario en que se devenguen (artículo 9 Ley de Presupuestos).

Por lo demás, se recoge la posibilidad —en el artículo 10 de la Ley de Presupuestos— de que, a través de un acuerdo del Gobierno de Aragón y a propuesta del titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública, puedan llevarse a cabo retenciones de crédito y ajustes en los estados de gastos e ingresos siempre que proceda legalmente (baja por anulación). De hecho, se indica que la Intervención General procederá de oficio a la retención de todos los créditos que queden disponibles como consecuencia de bajas en licitaciones, reajustes de anualidades o cualquier otro acto administrativo que libere crédito de los documentos de gestión contable en los procedimientos contractuales.

A su vez, se autoriza al titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública para realizar los ajustes necesarios en el presupuesto de ingresos al objeto de mantener el equilibrio presupuestario de las fuentes de financiación, así como para disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas las liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

A tenor de las previsiones ahora examinadas, es evidente que los preceptos contenidos en el Título Segundo de la Ley de Presupuestos del ejercicio 2021 confieren al Gobierno autonómico y al titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública competencias básicas para la gestión de ciertos créditos presupuestarios. Ello comporta que, en no pocas ocasiones, dichos órganos determinen la cuantía y el destino definitivos de los gastos públicos, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificaciones estas que son necesarias para una flexible y eficiente gestión, en especial, en lo que concierne a aquellos créditos que están financiados total o parcialmente por otras Administraciones públicas.

No obstante, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos viene a regular las normas generales relativas a los expedientes de modificación de créditos, exigiendo que estos últimos expresen las razones que los justifiquen y el precepto legal que los autoricen, indicando expresamente la sección, el servicio, el programa, el concepto, el subconcepto, el fondo financiador y el proyecto de gasto. Además, es también preciso concretar las desviaciones que puedan producirse en la ejecución de los programas, así como el grado de consecución de los objetivos correspondientes que se vean afectados.

En cuanto al *Título Tercero* de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2021 —rubricado «DE LA GESTIÓN DEL

PRESUPUESTO» (artículos 12 a 16)—, en él se contienen reglas en orden a una adecuada disciplina presupuestaria. Con ello, se trata de evitar la aparición de desfases presupuestarios derivados de la adopción de algunas decisiones, incluidas las que conllevan repercusiones en el gasto de ejercicios futuros.

Como novedad respecto de las leyes de presupuestos correspondientes a otros ejercicios, se incorpora un precepto que recoge los principios de programación y gestión presupuestaria responsable y sostenible (artículo 12). En concreto, se prevé que se exijan las responsabilidades establecidas en materia de gestión económico-presupuestaria cuando se adquieran compromisos de gastos, se reconozcan obligaciones o se ordenen pagos sin crédito suficiente para realizarlos con infracción de la normativa aplicable, calificando tales actos de nulos de pleno Derecho. A su vez, la programación y gestión presupuestaria ha sujetarse a los principios de planificación, gestión por objetivos y control de los resultados, en base a los principios de eficacia en el cumplimiento de dichos objetivos y de eficiencia en la asignación y en la utilización de los recursos públicos, impulsándose, a estos efectos, medidas por parte de las Secretarías Generales Técnicas.

Por otro lado, y según viene siendo habitual, el artículo 13 de la Ley de Presupuestos requiere que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar incremento de gasto o de efectivos se acompañe de una memoria en la que se detallen las repercusiones económicas y la forma en que se financiarán. Es más, la citada obligación afecta a toda propuesta de acuerdo, pacto, orden o resolución, condicionándose su efectividad a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada en los programas de gasto cuya gestión le corresponda (16).

A continuación, el artículo 14 de la mencionada norma establece que no es posible disponer de créditos para gastos total o parcialmente financiados con recursos afectados hasta que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a la Comunidad Autónoma de Aragón. Es más, aquellos proyectos financiados a través de fondos estructurales y de carácter finalista atenderán a su propia normativa, pudiendo el titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública autorizar las modificaciones presupuestarias que sean precisas para permitir la adecuada justificación y gestión de los fondos.

(16) En esta línea, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

En lo que atañe al artículo 15 de la Ley de Presupuestos, se encarga de regular los compromisos de gasto de ejercicios futuros, estableciéndose la competencia del Gobierno de Aragón para autorizar los gastos de carácter plurianual en determinados casos que superan las cuantías previstas —como, por ejemplo, expedientes de contratación, encargos de ejecución y conciertos de valor estimado superior a tres millones de euros o convocatorias de subvenciones cuyo importe supere los cinco millones de euros—. No obstante, no dándose las hipótesis descritas, la autorización le corresponderá al titular del Departamento competente en materia de hacienda, quien —excepcionalmente— podrá autorizar otros gastos plurianuales distintos a los recogidos en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, siempre que se motiven las circunstancias que aconsejan dicha autorización (17).

Por lo demás, el artículo 16 de la Ley comentada establece que las transferencias a organismos públicos o a la Universidad de Zaragoza se realizarán con periodicidad mensual por doceavas partes, a salvo de las excepciones debidamente motivadas y autorizadas.

Pasando ya a examinar el *Título Cuarto* de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2021, bajo la denominación «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 43) se incluyen dos Capítulos: el primero, relativo a los regímenes retributivos y, el segundo, que incorpora otras disposiciones sobre personal activo.

En resumen, en este Título viene a establecerse el régimen retributivo aplicable, por una parte, a los miembros del Gobierno regional, así como a otros cargos públicos de similar naturaleza y, por otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad (incluyéndose el personal estatutario sanitario, docente no universitario, personal al servicio de la Administración de Justicia, unidad de la Policía Nacional adscrita a la Comunidad Autónoma de Aragón, personal al servicio del sector público y personal sanitario en formación por el sistema de residencia).

Sea como fuere, se establece que las citadas retribuciones no experimentarán incremento alguno con respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de que se adecúen, como es lógico, a las previsiones que, en relación con las mismas, establezca la Ley de Presupuestos Generales del

(17) En concreto, el apartado segundo del precepto citado en el texto establece que «Podrán adquirirse compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros cuando tengan por objeto la realización de: a) Inversiones reales y transferencias de capital. b) Contratos de suministros, de asistencia técnica y científica y de arrendamientos de bienes y servicios, que no pueden ser estipulados por el plazo de un año, o que este plazo resulte más gravoso. c) Convenios con instituciones cuya duración se extienda a más de un ejercicio, siempre que aparezca claramente explicitado en la norma autorizante del Convenio. d) Arrendamientos de bienes inmuebles a utilizar por la Comunidad Autónoma o por los organismos y empresas de ella dependientes. e) Cargas financieras derivadas del endeudamiento».

Estado para el año 2021. Junto a ello, y en aras de una gestión eficiente y responsable, en el Capítulo II del Título ahora examinado se prevén diferentes limitaciones al aumento de los gastos de personal y la prohibición sobre la percepción de ingresos atípicos, manteniéndose las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, con el objeto de reducir la tasa de temporalidad en la Administración de nuestra Comunidad Autónoma.

El *Título Quinto* de la Ley de Presupuestos se dedica al régimen «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 44 a 49). Así, en aras de la coordinación financiera entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones de otras entidades territoriales de Aragón, esta norma contiene cuatro Capítulos que regulan las siguientes materias: Fondo Local, Fondo de Cohesión Territorial, transferencias a las Administraciones Comarcales y Fondo de Compensación a Ayuntamientos en áreas de Espacios Naturales Protegidos.

En concreto, ya en el seno del Capítulo I de este Título, el artículo 44 de la citada norma se destina a precisar las reglas de gestión del Fondo Local de Aragón, en tanto conjunto de transferencias destinadas a las entidades locales de esta Comunidad Autónoma que se incluyen en sus Presupuestos para apoyar al desarrollo de las distintas actividades competencia de aquellas. De esta forma, este Fondo (cuyos créditos iniciales se recogen en el anexo VI de la Ley de Presupuestos) aparece integrado por programas específicos de transferencias a entes locales y por ciertos programas sectoriales, si bien el titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública resulta competente para aprobar las modificaciones presupuestarias precisas a estos efectos.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley de Presupuestos afecta a los programas que articulan la política demográfica y contra la despoblación, cuyo objeto principal se centra en mejorar la estructura poblacional de los asentamientos aragoneses y moderar la tendencia a la concentración excesiva de la población. Ello trata de conseguirse mediante la mejora y potenciación de los servicios (educación, sanidad y servicios sociales).

Centrándonos ya en el Capítulo II del Título Quinto ahora analizado (integrado por el artículo 46), este se encarga de regular el Fondo de Cohesión Territorial, el cual aparece constituido por partidas presupuestarias específicas gestionadas por el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda. A tal fin, se llevan a cabo transferencias corrientes y de capital a los diversos agentes sociales y territoriales que, a través de un procedimiento de concurrencia competitiva, desarrollen actuaciones enmarcadas en alguno de los objetivos de política demográfica y contra la despoblación. A su vez, se indica que las subvenciones que puedan preverse contribuyan a paliar las consecuencias de la COVID-19 en el medio rural.

Siguiendo con el análisis del Título Quinto de la Ley de Presupuestos, se incluye un Capítulo III dedicado a las transferencias a las Administraciones Comarcales, cuya gestión corresponde al titular del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. De este modo, el artículo 47 de esta norma establece que, dada la situación de vulnerabilidad derivada de la crisis sanitaria y económica ocasionada por la COVID-19, las comarcas deberán destinar al menos el 1,7% de tales créditos a ayudas de urgente necesidad. Es más, dicho precepto precisa la manera de gestionar estos fondos y la competencia para efectuar las transferencias y modificaciones presupuestarias precisas, destacando el Fondo Social Comarcal, el cual tiene por finalidad incrementar las prestaciones de servicios sociales que desarrollan las comarcas en el ámbito de sus competencias.

En línea con lo anterior, el artículo 48 de la Ley de Presupuestos se dedica a los programas de prestaciones básicas de servicios sociales, desarrollo del pueblo gitano e integración social, los cuales presentan una financiación finalista de la Administración General del Estado. En este sentido, se establece que la gestión de estos programas corresponde a las comarcas, si bien su planificación general se realiza de una forma coordinada con la Administración autonómica, previéndose que ha de suministrarse información al Instituto Aragonés de Servicios Sociales a estos efectos.

Por fin, el Título Quinto de la Ley objeto de estudio finaliza con un Capítulo IV destinado al desarrollo del Fondo de Compensación a Ayuntamientos en municipios incluidos en áreas de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Espacios Protegidos de Aragón (Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio). De esta manera, el artículo 49 de la Ley de Presupuestos regula compensaciones para aquellos municipios en cuyo término se ubican espacios protegidos —como Parques Nacionales, Parques Naturales, Reservas Naturales, Monumentos Naturales o Paisajes Protegidos—, cuya cuantificación depende, principalmente, de su superficie.

El articulado de la Ley de Presupuestos para este ejercicio prosigue con el *Título Sexto*, encargado de precisar el régimen «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 50 a 54), esto es, la normativa aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga la Comunidad Autónoma de Aragón (abarcando las de sus organismos autónomos y empresas), así como a los avales que aquella conceda a lo largo del año 2021.

A este respecto, durante el presente ejercicio presupuestario el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias que efectúe el Gobierno de Aragón es de 1.777.866 miles de euros (artículo 50.1 Ley de Presupuestos), cuantía que supera ampliamente la prevista para el año 2020. Además, se establece que el citado importe podrá verse

ampliado, en su caso, por medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez que la Administración General del Estado ponga a disposición de las Comunidades Autónomas.

Siendo esto así, la contracción de tal endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en función de lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad, pero siempre en el marco de los límites generales establecidos en la normativa vigente en la materia (artículo 50.2 Ley de Presupuestos) (18).

Por otro lado, se faculta al titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el fin de conseguir una disminución en el importe de los costes financieros actuales o futuros, junto a lo cual se permite la concertación de operaciones de derivados financieros —como opciones o *swaps*— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad cuando ello no comporte un incremento de la deuda viva autorizada.

Por su parte, el artículo 51 de la Ley de Presupuestos contempla la posibilidad de que la Comunidad Autónoma pueda formalizar operaciones de financiación por plazo inferior a un año, con el límite máximo del 30% de los créditos iniciales de gasto no financiero del ejercicio presupuestario —sin perjuicio de que tal límite pueda ser ampliado—.

Junto a lo anterior, ya en el artículo 52 de la citada Ley, se faculta a los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma para que concierten, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento —ya sea a largo, como a corto plazo—; ahora bien, dichos organismos deberán contar para ello con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

En relación con los avales y garantías, el artículo 53 de la Ley de Presupuestos prevé que la competencia para su concesión recae en el Gobierno de Aragón, a propuesta conjunta de los titulares del Departamento de Hacienda y Administración Pública y Economía y del Departamento competente en función de la actividad económica desarrollada. En este sentido, se confiere prioridad

(18) Las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones recogidas en el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. De hecho, el apartado tercero de este precepto se refiere a la necesidad de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que ha de tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. La susodicha autorización es necesaria, a su vez, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el mencionado principio de estabilidad presupuestaria.

a las operaciones concertadas por pequeñas y medianas empresas con la finalidad de crear o mantener puestos de trabajo, regulándose también la posibilidad de prestar aval a entidades pertenecientes al Sector Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón. No obstante, el importe total de los citados avales no podrá rebasar, en principio, la cantidad de 100 millones de euros —exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Aragón en los casos en que los avales propuestos superen la cantidad de 6 millones de euros—.

Sea como fuere, la concesión de avales requiere el cumplimiento de una serie de requisitos de diversa índole. En particular, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social, junto a lo cual ha de demostrarse el cumplimiento de la normativa vigente en materia de residuos, no pudiendo ser beneficiarias las empresas que hubieran sido sancionadas por la autoridad laboral.

Por lo demás, y ya para terminar el análisis del Título Sexto de la Ley de Presupuestos, su artículo 54 prevé que el Departamento de Economía, Industria y Empleo realizará las actuaciones que correspondan a nuestra Comunidad Autónoma derivadas de la Ley de Incentivos Regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.

La norma objeto de estudio prosigue con el *Título Séptimo*, el cual lleva por rúbrica «DE LA INFORMACIÓN A LAS CORTES DE ARAGÓN» (artículos 55 a 62), regulando la información que ha de proporcionarse a las Cortes tanto en materia presupuestaria, como en lo que afecta a otras cuestiones.

De este modo, se precisa, de una forma pormenorizada, aquella información que el Gobierno de nuestra Comunidad debe remitir a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón y los específicos plazos en que ello ha de efectuarse. En concreto, se determinan los datos, informes, acuerdos y expedientes que han de procurarse en materia presupuestaria (artículo 55), financiera (artículo 56), de subvenciones y ayudas (artículo 57), sobre fondos y planes especializados (artículo 58), acerca del personal al servicio del sector público de Aragón (artículo 59), en cuanto a contratación pública (artículo 60) y en relación con el gasto en difusión y medios de comunicación (artículo 61). Por fin, el artículo 62 de la Ley de Presupuestos establece que la referida información habrá que publicarse también a través del Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón.

Siendo esto así, la Ley de Presupuestos finaliza con el *Título Octavo* que se dedica al «FONDO ARAGONÉS DE I+D+I», el cual se compone del conjunto de recursos económicos destinados a la I+D+i que se incluyan en los presupuestos de la Comunidad, si bien, y de forma excepcional, en el presente ejercicio el Gobierno de Aragón, a propuesta del Departamento de Ciencia, Universidad

y Sociedad del Conocimiento, incorporará un anexo con las partidas comprendidas en dicho Fondo.

Una vez abordado el análisis de los diferentes Títulos integrantes de la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2021, ha de indicarse que la misma se completa con diferentes disposiciones adicionales, transitorias y finales de distinta índole. Por ello, es preciso efectuar una breve alusión a ciertas cuestiones relevantes que aparecen reflejadas en las *disposiciones adicionales*: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 2) la determinación del régimen al que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad y 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de algunos créditos presupuestarios.

En cuanto a la primera de las mencionadas cuestiones, la tarifa general del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas para el año 2021 se incorpora en la disposición adicional décimo cuarta de la Ley ahora comentada, la cual procede a distinguir entre los usos domésticos y los industriales, concretando, asimismo, el componente fijo y el variable de dicho tributo —de conformidad con el artículo 88.1 de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón—.

En lo tocante al régimen de las subvenciones, la Ley de Presupuestos recoge la exigencia de que el solicitante de aquellas acredite la circunstancia de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, si bien se exonera del cumplimiento de tal condición siempre que el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas (disposición adicional segunda) (19).

Por fin, las especialidades en la gestión de determinados créditos presupuestarios se regulan, en lo que atañe al Presupuesto de las Cortes de Aragón, en la disposición adicional primera de la Ley objeto del presente comentario, ocupándose la disposición adicional octava de la gestión de los créditos concernientes al Capítulo Diversos Departamentos y de fijar la cuantía del Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria —cuyo importe, empero, podrá ser incrementado a través de modificaciones presupuestarias—. Por lo demás, la gestión de los créditos financiados con los fondos europeos React-EU se desarrolla en la disposición adicional novena de la Ley de Presupuestos.

(19) Por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios, la formación universitaria o algunas de las previstas en materia de vivienda.

ALGUNAS NOTAS ACERCA DE LOS REFERÉNDUMS DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA ESTATUTARIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DEL ARTÍCULO 143 DE LA CONSTITUCIÓN(*)

ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

SUMARIO: I. LOS PRIMEROS DESARROLLOS AUTONÓMICOS: LA AUSENCIA DE REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA EN LOS ESTATUTOS DEL ARTÍCULO 143.– II. 2006-2018: LA INCLUSIÓN DEL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA EN ALGUNOS ESTATUTOS DEL ARTÍCULO 143.– III. VALORACIONES.– IV. LA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA COMO PROFUNDIZACIÓN DEL AUTOGOBIERNO. A MODO DE CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las Comunidades Autónomas creadas por medio de la vía ordinaria del artículo 143 de la Constitución no contemplaron inicialmente, a la hora de regular el procedimiento de reforma de sus Estatutos, la celebración de un referéndum de ratificación. A partir del año 2006, esto ha cambiado en los Estatutos de algunas de esas Comunidades Autónomas. A presentar y analizar esas modificaciones y su relevancia en el conjunto del modelo autonómico se dedica este artículo.

Palabras clave: Reforma; Estatuto de Autonomía; Comunidades Autónomas del artículo 143 de la Constitución; referéndum de ratificación; profundización democrática.

Abstract: Autonomous Communities created through the 143 Constitution article ordinary way didn't include in their Statutes the holding of a reform ratification referendum. From 2006 the situation changed in several of the Statutes of these Autonomous Communities. This article presents and analyzes these changes and their relevance in the autonomic model as a whole.

Key words: Reform; Statute of Autonomy; 143 Constitution Article Autonomous Communities; ratification referendum; deepening democracy.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 14 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 18 de febrero de 2021.

I. LOS PRIMEROS DESARROLLOS AUTONÓMICOS: LA AUSENCIA DE REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA EN LOS ESTATUTOS DEL ARTÍCULO 143

Cuando en 1978 la Constitución española (CE) articuló dos vías principales para la creación de Comunidades Autónomas (CCAA) —la ordinaria del artículo 143 y concordantes y la agravada del 151— una de las diferencias que se estableció entre ambas lo fue en materia de participación popular.

En el caso de los Estatutos de Autonomía (EEA) aprobados por la vía ordinaria la participación de los habitantes de aquellos territorios que se constituían en CA fue exclusivamente una participación ejercida por medio de representantes (artículo 23 CE). Así, en la fase de iniciativa (artículo 143.2 CE) se manifestaba a través de diputados provinciales o miembros de los órganos interinsulares (o, aunque aquí no cupiese hablar en puridad de representantes, a través de los órganos preautonómicos, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera CE) y de concejales. Posteriormente, en la fase estatuyente, eran los miembros de las Diputaciones u órgano interinsular y los diputados y senadores de las Cortes Generales quienes canalizaban esa participación popular (artículo 146 CE).

Distinta era la regulación en la materia cuando era la vía agravada la utilizada para la creación de la CA. En esos casos, en la fase de iniciativa, además del papel ejercido por los sujetos citados, se requería también que los ciudadanos participasen «directamente» (artículo 23 CE), exigiendo que «dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica» (artículo 151.1 CE). Todo ello, como es de sobras conocido, siempre que esos territorios no pudieran acogerse a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Segunda CE. Y finalmente volvía a ser requerida esa participación directa para ratificar el proyecto de Estatuto (artículo 151.2.4° y 5° CE), siendo necesario para la promulgación del Estatuto de Autonomía el haber obtenido una mayoría de votos favorables en cada una de las provincias que aspiraban a constituirse en CA (1).

Esta misma diferenciación se estableció para lo relativo a las reformas de esos EEA, si bien en este caso con una salvedad importante, que en breve señalaré.

En primer lugar, el apartado tercero del artículo 147 CE establece la regla por la cual las reformas habrán de ajustarse al procedimiento establecido por

(1) Hablamos en todo momento en relación a lo estipulado en la CE, aun a sabiendas de que en la construcción del Estado Autonomático hubo mucho de interferencia política en las cuestiones jurídicas. Algo de ese panorama traté de presentar en E. CEBRIÁN ZAZURCA, 2019.

los propios EEA, esto es, el procedimiento de reforma aparece configurado como uno de los contenidos que necesariamente habrán de incluir las normas estatutarias. Tal previsión casa con la propia caracterización del EA como norma institucional básica de cada CA, una norma de naturaleza jurídico-política que se halla en posición singular en tanto que integrante del «bloque de la constitucionalidad», razón por la cual ha de contener la previsión de su propia reforma y las fases y requisitos necesarios para llevarla a cabo (2). Será pues cada uno de los EEA el que contemplará el procedimiento para ser reformado.

Sin embargo, a esa obligación general establecida en el artículo 147.3 CE debe añadirse la obligación específica que el artículo 152.2 CE recoge para las CCAA constituidas por la vía agravada. Apuntada de nuevo la regla de que sus EEA deben modificarse siguiendo los procedimientos en ellos establecidos, a ella se añade: «... y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes».

Si el referéndum fue necesario para la aprobación del Estatuto, en buena lógica jurídica también habrá de serlo para su reforma (E. CEBRIÁN ZAZURCA, 2017: 95-96).

De esta manera, las cuatro CCAA que se constituyeron por la vía especial o agravada del artículo 151 CE —País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía— contemplaron en sus EEA un procedimiento de reforma que incluía la preceptiva celebración del referéndum (3), algo que no ocurrió en el resto de EEA. En efecto, las demás CCAA no estaban obligadas a introducir en la regulación de sus reformas estatutarias tal mecanismo de participación directa. Pero ello no implica que no pudieran haberlo hecho. Como acertadamente señaló Fernando López Ramón, «en la remisión del artículo 147.3 de la (...) Constitución a lo establecido en los Estatutos de Autonomía para la reforma de éstos, no hay ningún impedimento al establecimiento de referéndum en relación con cualquier Comunidad Autónoma (...), pudiendo ampararse en la [citada] remisión constitucional a los propios Estatutos la inclusión en éstos de la exigencia de referéndum para dichas reformas» (F. LÓPEZ RAMÓN, 2005: 25 y 30).

El no incluir el referéndum como fase necesaria para reformar los EEA de aquellas CCAA creadas por la vía ordinaria supuso la manifestación en cada caso específico del principio dispositivo. Pudo haberse incluido y voluntariamente no se hizo. No obstante, curiosamente, aquello que los Pactos

(2) Un completo desarrollo y fundamentación de esta idea puede seguirse en M. CONTRERAS CASADO, 1998: 47-61.

(3) Artículos 46.1.d), 47.1.c), 47.2 y 47.3 EA del País Vasco; 56.1.b) y 57.c) y e) EA de Cataluña [actualmente, 222.1.b), c) y d) y 223.1.b) e i)]; 56.1.b), 56.3 y 57.c) y e) EA de Galicia y 74.1.b), 74.3 y 75.c) y e) EA de Andalucía [actualmente, 248.1.b), 248.3 y 249.c) y e)].

Autonómicos de 1981 tuvieron de *mitigación* de ese principio dispositivo tampoco sirvió en este punto concreto para incluir el referéndum de reforma en los correspondientes textos (4). Partiendo de que los Pactos supusieron una homologación, por extensión, de la estructura institucional contemplada en el artículo 152.1 CE para las CCAA de la vía agravada al conjunto del modelo, Carlos Garrido apuntó que «cabía hacer lo propio con su apartado 2, en que se exigía la ratificación popular de la reforma» (C. GARRIDO LÓPEZ, 1999: 288). Mas no fue así.

II. 2006-2018: LA INCLUSIÓN DEL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LA REFORMA EN ALGUNOS ESTATUTOS DEL ARTÍCULO 143

A partir del año 2004, coincidiendo con la llegada al poder del Partido Socialista de José Luis Rodríguez Zapatero, se abre un nuevo período de reformas estatutarias. Ya el año anterior, Pasqual Maragall había sido elegido Presidente de la Generalitat, lo que constituye un dato relevante en la medida en que —especialmente una vez que el llamado Plan Ibarretxe naufraga, como era más que previsible, en el Congreso de los Diputados— será la catalana la reforma que, de algún modo, liderará esa nueva tanda; si bien, a pesar de las similitudes, con notables diferencias entre su resultado y el texto aprobado para otras CCAA (5).

Pese a que Cataluña es la que abre este ciclo, será el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EACV) el que se adelantará y el que primero se reformará por medio de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Su Título X, dedicado a la Reforma del Estatuto, está formado por un artículo, el 81, con el siguiente contenido (6):

(4) «La forma en que vino a concretarse en la práctica el proceso para alcanzar la autonomía (tras las sugerencias de la “comisión de expertos” y los acuerdos entre los grupos mayoritarios en 1981) tal vez ha hecho olvidar la libertad, el pleno sentido del principio dispositivo, con que las nacionalidades y regiones, sobre todo las que habían de seguir el camino del art. 143, podían haber compuesto tanto sus órganos de gobierno como la determinación de las competencias que podían asumir dentro del artículo 148. La relativa libertad en la construcción de cada particular autonomía debería haber sido un efecto derivado del principio dispositivo con que el derecho se actúa. El resultado se habría asemejado más a esa “articulación entre unidad y diversidad” que se halla en la “raíz misma del Estado autonómico”, en decir del Tribunal Constitucional (STC 100/1984, de 8 de noviembre)», en M. GARCÍA CANALES, 1988: 161 (nota 7).

(5) Un detallado y amplio panorama de este ciclo de reformas estatutarias puede consultarse en J. TUDELA ARANDA, 2010.

(6) Vid. J. M. BAÑO LEÓN, 2007: 68-69.

«1. La iniciativa de la reforma del Estatuto corresponde al Consell, a una tercera parte de los miembros de Les Corts, a dos Grupos Parlamentarios o a las Cortes Generales. La reforma del Estatuto deberá ser aprobada por Les Corts, mediante acuerdo adoptado por dos terceras partes de sus miembros, salvo que sólo tuviese por objeto la ampliación del ámbito competencial, en cuyo caso será suficiente la mayoría simple de Les Corts.

2. Si la reforma del Estatuto no fuera aprobada por las mayorías previstas para cada caso en el apartado 1 de este artículo o los requisitos exigidos para su aprobación, no se podrá iniciar nuevo procedimiento de reforma sobre el mismo punto durante la misma Legislatura de Les Corts.

3. Aprobada la reforma por Les Corts, el texto será presentado por medio de proposición de ley de Les Corts, en el Congreso. Admitida a trámite por la Mesa y tomada en consideración la proposición por el Pleno, se remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso, en el seno de la cual se nombrará una ponencia al efecto que revise con una delegación de Les Corts el texto de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en las normas reglamentarias del Congreso.

4. Si las Cortes Generales no aprueban, o modifican, la reforma propuesta, se devolverá a Les Corts para nueva deliberación, acompañando mensaje motivado sobre el punto o puntos que hubieran ocasionado su devolución o modificación y proponiendo soluciones alternativas.

5. La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante Ley Orgánica, incluirá la autorización del Estado para que la Generalitat convoque un referéndum de ratificación de los electores en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales. El referéndum podrá no convocarse en aquellos casos en que la reforma sólo implique ampliación de competencias».

El EACV cuenta también desde esta reforma de 2006 con la siguiente Disposición transitoria (DT) quinta: «El requisito de un referéndum confirmatorio y demás trámites regulados en el artículo 81 serán exigibles para las reformas de este Estatuto que se pudieran producir en el futuro».

Poco más de un año después se aprobaba la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr). Su Título IX, que regula la Reforma del Estatuto, está integrado por el artículo 115, intitulado «Procedimiento de reforma» (7):

«1. La iniciativa de la reforma de este Estatuto corresponderá al Gobierno de Aragón, a las Cortes de Aragón a propuesta de un quinto de sus Diputados y Diputadas y a las Cortes Generales.

2. La propuesta de reforma requerirá, en todo caso, la aprobación de las Cortes de Aragón por mayoría de dos tercios y la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica.

3. Aprobada la reforma por las Cortes de Aragón, el texto será presentado en el Congreso de los Diputados.

(7) Vid. M. GUEDEA MARTÍN, 2008: 307-325 y M. GUEDEA MARTÍN, 2010: 141-164.

4. Las Cortes de Aragón elegirán de entre sus miembros una delegación para participar en la tramitación de la propuesta de reforma en las Cortes Generales, mediante la constitución de una comisión mixta paritaria o el procedimiento que prevea el Reglamento del Congreso de los Diputados.

5. Las Cortes de Aragón, por mayoría de dos tercios, podrán retirar la propuesta de reforma en cualquier momento de la tramitación en las Cortes Generales, antes de que sea aprobada de forma definitiva. En este caso, no será de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente.

6. Si la propuesta de reforma no es aprobada por las Cortes de Aragón o por las Cortes Generales, la misma no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación hasta que haya transcurrido un año.

7. La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante ley orgánica, incluirá la autorización del Estado para que el Gobierno de Aragón convoque referéndum de ratificación del cuerpo electoral de Aragón en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales. El Gobierno de Aragón convocará tal referéndum si así lo acuerdan previamente las Cortes de Aragón con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros».

El EAAr también posee una DT, igualmente numerada como quinta, que establece: «El requisito de un referéndum confirmatorio y demás trámites regulados en el artículo 115 serán exigibles para las reformas de este Estatuto que se pudieran producir en el futuro».

Pasados algunos años se aprobaba la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (EAE). Su Título VIII regula la reforma del Estatuto y está integrado por el artículo 91 («Procedimiento de reforma estatutaria») con este contenido (8):

«1. La iniciativa de reforma del presente Estatuto corresponde a la Junta de Extremadura, a la Asamblea, a iniciativa de al menos un tercio de sus diputados, y al Congreso de los Diputados o al Senado.

2. Si la reforma fuera propuesta por instituciones de la Comunidad Autónoma, se tramitará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se seguirá el procedimiento legislativo especial que señale el Reglamento de la Asamblea, en el que se requerirá una aprobación de la propuesta de reforma por mayoría de dos tercios de los diputados de la Cámara en una votación final de conjunto.

b) En la misma sesión en que se apruebe la propuesta de reforma se elegirá una delegación de diputados que representen a la Asamblea en el Congreso de los Diputados y en el Senado.

c) En las referidas Cámaras el texto de reforma seguirá el procedimiento legislativo especial que sus Reglamentos establezcan, debiendo obtener en el Congreso de los Diputados mayoría absoluta para su aprobación.

(8) Vid. V. ÁLVAREZ GARCÍA, 2011: 245-250.

d) La Asamblea de Extremadura, mediante voto de la mayoría absoluta del Pleno, podrá retirar de las Cortes Generales la propuesta de reforma en cualquier momento de su tramitación previo a su votación final de totalidad.

e) La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante ley orgánica, incluirá la autorización del Estado para que la Junta de Extremadura pueda convocar referéndum de ratificación en un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales, si así lo acuerda previamente la Asamblea con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros.

f) La reforma estatutaria revestirá, en todo caso, la forma de ley orgánica.

3. Si la iniciativa se adoptara por el Congreso de los Diputados o por el Senado, luego de aprobarse por mayoría absoluta en la Cámara correspondiente y de elegir una delegación de compromisarios de la misma, se remitirá la propuesta a la Asamblea de Extremadura para su tramitación conforme a las reglas establecidas en el apartado anterior.

4. De no aprobarse una propuesta de reforma, la institución promotora no podrá formularla de nuevo hasta pasado un año desde que propuso la anterior».

Por último, mayor fue el plazo de tiempo que hubo de transcurrir hasta que el Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan) se aprobase por la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias. Un proyecto de reforma había llegado a ser retirado unos años antes durante su tramitación en el Congreso de los Diputados. El Título VIII EACan está destinado a la reforma del Estatuto. Son tres los artículos que lo integran (9):

Artículo 200. Procedimiento general de reforma del Estatuto.

1. La iniciativa de la reforma corresponderá al Gobierno o al Parlamento de Canarias a propuesta al menos de una quinta parte de sus diputados.

2. La propuesta de reforma requerirá, en todo caso, la aprobación del Parlamento de Canarias por mayoría de tres quintos de sus miembros, la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica y, finalmente, ser sometido a referéndum de los electores.

3. El procedimiento de aprobación de la reforma seguirá las siguientes fases:

a) Aprobada la propuesta de reforma por el Parlamento de Canarias, se remitirá al Congreso de los Diputados. Una vez sometida al Pleno del Congreso, la Comisión Constitucional del Congreso nombrará una ponencia paritaria entre el Congreso de los Diputados y el Parlamento de Canarias para intentar alcanzar un acuerdo sobre el texto. Llegado a un acuerdo común sobre el texto, se remitirá al pleno de la comisión para su votación y si esta es favorable, se someterá al Pleno del Congreso para su aprobación.

b) La tramitación de la propuesta de reforma en el Senado debe seguir un procedimiento análogo al del apartado anterior en cuanto a la formulación de

(9) Vid. Ó. BOSCH BENÍTEZ, 2020a: 1165-1170; Ó. BOSCH BENÍTEZ, 2020b: 1171-1174 y Ó. BOSCH BENÍTEZ, 2020c: 1175-1176.

un acuerdo común sobre el texto por parte de una ponencia del Senado y una delegación del Parlamento de Canarias.

c) Si las Cortes Generales, durante la tramitación parlamentaria, modificaran sustancialmente la reforma propuesta, se devolverá al Parlamento de Canarias para nueva deliberación, acompañando mensaje motivado sobre el punto o puntos que hubieren ocasionado su devolución y proponiendo soluciones alternativas, en cuyo caso el Parlamento de Canarias podrá acceder a las mismas, proponer otras soluciones o desistir de la reforma estatutaria.

4. La aprobación de la reforma por las Cortes Generales mediante ley orgánica incluirá la autorización del Estado para que el Gobierno de Canarias convoque, en el plazo de tres meses, el referéndum de ratificación por los electores.

5. Si la propuesta de reforma no es aprobada por el Parlamento de Canarias o por las Cortes Generales, o no es confirmada mediante referéndum por el cuerpo electoral, no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación del Parlamento hasta que haya transcurrido un año.

Artículo 201. Del procedimiento de reforma abreviado.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la reforma afectare solo al capítulo II del título I del Estatuto, se podrá proceder de la siguiente manera:

a) Aprobación de la propuesta de reforma por el Parlamento de Canarias por mayoría de tres quintas partes de sus miembros.

b) Aprobada la propuesta de reforma, se someterá a consulta de las Cortes Generales.

c) Si en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la consulta prevista en el apartado precedente, las Cortes Generales no se declarasen afectadas por la reforma, se ratificará la misma mediante ley orgánica.

d) Si en plazo señalado en la letra c) las Cortes se declarasen afectadas por la reforma, esta habrá de seguir el procedimiento previsto en el artículo anterior, dándose por cumplidos los trámites del número 1 del mencionado artículo.

Artículo 202. Audiencia a los cabildos insulares.

Cuando la reforma tuviera por objeto una alteración en la organización de los poderes de Canarias que afectara directamente a las islas, se requerirá la audiencia previa de los cabildos insulares».

No han sido estas cuatro las únicas reformas estatutarias operadas en este plazo temporal. Cataluña y Andalucía —CCAA ambas del 151— reformaron sus EEA y también lo hicieron, con muy diferente amplitud y en algún caso tras algún intento frustrado de llevar a cabo una reforma más extensa, Islas Baleares, Castilla y León, Comunidad Foral de Navarra, Región de Murcia y Castilla-La Mancha (10). No nos dedicamos a ellas en estas páginas porque, o

(10) En aquellos años se dieron también proyectos de reforma en Galicia y en Asturias, no llegando en estos casos sus Parlamentos autonómicos a aprobarlos. Canarias y Castilla-La Mancha retiraron el texto estando ya en las Cortes Generales. Como se sabe, andando el tiempo, Canarias retomaría una *reforma amplia* de su EA; no fue *amplia* la de Castilla-La Mancha, CA que incluía precisamente en su inicial propuesta de reforma retirada el referéndum de ratificación para la reforma del EA.

bien ya incluían el requisito del referéndum en sus procesos de reforma (11), o bien, pudiendo hacerlo ya que no lo contemplaban, decidieron seguir así (12).

III. VALORACIONES

Una vez conocido el contenido de las previsiones para su reforma en el EACV, el EAAr, EAE y el EACan se hace necesario en este apartado llevar a cabo un conjunto de valoraciones y comentarios al respecto:

1. Un primer aspecto a analizar es el relativo a la obligatoriedad o no de celebrar los referéndums de ratificación de la reforma. En este punto hallamos diferencias entre las cuatro CCAA, pudiendo establecer dos grupos: la Comunidad Valenciana y Canarias, por un lado, y Aragón y Extremadura, por otro.

El EACV y el EACan establecen, como norma general, la obligatoriedad de la reforma, no sujetando a la misma al cumplimiento de ningún requisito añadido. Ahora bien, esta norma general encuentra excepciones. En el caso valenciano, la excepción puede venir marcada por la circunstancia de que la reforma del EA haya consistido únicamente en una ampliación de competencias. En este caso, puede no convocarse el referéndum de ratificación, aunque también podría hacerse; esto es, en este supuesto la convocatoria del referéndum es facultativa. En el caso canario, encontramos directamente dos procedimientos de reforma diferenciados: uno general y otro abreviado, reservado este último para aquellas reformas que afecten solo a los derechos y deberes contemplados en el EACan, lo cual no deja de ser un tanto sorprendente (13). Es el procedimiento general el que de manera obligatoria recoge el

(11) El Estatuto de Autonomía de Cataluña ha ampliado, no obstante, las vías de participación directa en la reforma estatutaria incluyendo en su artículo 222 la iniciativa ciudadana —300.000 firmas acreditadas de ciudadanos de Cataluña con derecho a voto— como una de las posibilidades para activar el proceso.

(12) «Lo que distingue a la actual situación de la pretérita es que ahora las diferencias no vienen marcadas por la forma y tiempo de elaboración del Estatuto. En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas han podido aprobar el texto que deseen, sin que existan límites aplicables a unas sí y a otras no. La pervivencia de las diferencias se explicará por razones netamente políticas...», en J. TUDELA ARANDA, 2007: 139.

En realidad, y en esta cuestión concreta, esto ya era así en el momento de creación de las CCAA, como antes se ha visto.

(13) «... no terminamos de comprender las razones por las que se destina un procedimiento específico de reforma estatutaria, de tramitación simplificada (de ahí su carácter abreviado), cuando la modificación que se acometa tenga como asunto una materia de tanta importancia para los ciudadanos canarios como la relativa a los derechos y deberes contenidos en el capítulo II del título I (artículos 12 a 36). La única explicación plausible es que se haya pretendido otorgar una mayor flexibilidad, respecto al procedimiento general del artículo 200 EAC, a la reforma —o reformas— que en el futuro hayan de llevarse a cabo para actualizar este extenso y prolijo listado de derechos y deberes», en Ó. BOSCH BENÍTEZ, 2020b: 1171-1172.

requisito de celebración del referéndum de ratificación. Por el contrario, en el procedimiento abreviado tal requisito está ausente. Solo si este procedimiento abreviado pasase a convertirse en procedimiento general a causa de que las Cortes Generales declarasen que se trata de una reforma que sí les afecta, el procedimiento habría de finalizar con el antedicho referéndum de ratificación, pero por ser ya un tipo de procedimiento distinto.

En el caso del EAAr y del EAE la celebración del referéndum de ratificación no aparece como obligatoria, sino que está sujeta a que se cumpla un requisito, que es común a ambos EEA: para la convocatoria del referéndum es necesario un acuerdo previo en tal sentido apoyado por dos tercios del respectivo Parlamento autonómico.

2. Otro elemento a comentar también nos permite establecer dos grupos diferenciados, si bien en este caso el fondo de la distinción es tan solo aparente. Esta vez encontraríamos agrupados a los EACV y EAAr y, por otra parte, a los EAE y EACan. Los dos primeros incluyen una DT quinta de idéntico contenido. En ella se aclara que el procedimiento de reforma estatutaria —y, de modo singular, el referéndum (que ahora se califica como «confirmatorio»)— se exigirá solo para futuras reformas del EA, y no por tanto, debe entenderse, para la que en ese momento exacto se estaba produciendo por medio de la aprobación de la correspondiente Ley Orgánica. Se trata de una precisión ausente en los otros dos EEA. Sin embargo, como digo, la distinción es solo aparente, en la medida en que idéntica aclaración cabría hacer con respecto a los EAE y EACan. Se trata, en definitiva, de un añadido completamente superfluo (14) por cuanto la solución contraria habría contravenido los más elementales principios de la Teoría de la Norma y del propio Estado de Derecho.

3. Existe también un contenido de estos artículos estatutarios que de alguna manera singulariza al canario con respecto a los otros tres. Me refiero al plazo temporal para convocar el referéndum. El EACV, el EAAr y el EAE fijan un plazo de seis meses desde la votación final en las Cortes Generales. Pero el EACan reduce este plazo máximo a la mitad, siendo tres meses los que pueden mediar entre la aprobación de la reforma por las Cortes Generales y la convocatoria del referéndum de ratificación.

Esta disposición del EACan, más allá del establecimiento en sí de un plazo más breve, presenta una singularidad merecedora de comentario. Me refiero al hecho de que los otros tres EEA que aquí se analizan, al establecer los seis meses como máximo para convocar el referéndum, llevan a cabo una homologación con respecto a los referéndums de reforma de las CCAA del 151, ya que el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum (LORDMR) establece

(14) De «innecesario» lo califica Baño León en J. M. BAÑO LEÓN, 2007: 69.

que el referéndum del artículo 152.2 CE deberá ser convocado en ese plazo de seis meses. Sin embargo, vemos que el EACan reduce el plazo a tres meses. Una reducción que merece un juicio positivo por no dilatar en exceso la celebración del referéndum, máxime en un tiempo en el que la vida política se mueve a gran velocidad.

4. No ha faltado algún autor que ha criticado la referencia a la obligatoriedad de incluir en la correspondiente Ley Orgánica la autorización del Estado para convocar el referéndum, entendiendo —como lo hace Álvarez García— que ello «petrifica (...) una competencia exclusiva del Estado» (V. ÁLVAREZ GARCÍA, 2011: 246-247), como es la del artículo 149.1.32^ª CE. Pareciera que estas reformas se están enjuiciando con una distinta vara de medir, atendiendo al hecho cierto de que nos hallamos ante un contenido que desde el primer momento ha estado presente en los EEA del 151.

5. En estrecha relación con lo recién comentado, surge el tema relativo a qué órgano debe otorgar la autorización, ya que los cuatro EEA se refieren a una «autorización del Estado» (15), que estaría incluida en la previa aprobación de la reforma llevada a cabo por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica.

Debe precisarse que esta misma dicción es la incluida en la reforma de los estatutos catalán y andaluz, pero que sin embargo no fue común a los cuatro EEA del 151 en los momentos iniciales de la construcción del Estado Autonómico. Así, Cataluña y Galicia ya la incluían en 1979 y 1981, respectivamente. El Estatuto vasco, por su parte, no lo precisó, afirmando solo en su artículo 46.2 que «(e)l Gobierno Vasco podrá ser facultado, por delegación expresa del Estado, para convocar los referéndums a que se refiere el presente artículo». Por su parte, el Estatuto andaluz hacía sin embargo referencia al Gobierno de la nación como el órgano autorizado para la convocatoria. De hecho, fue un Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006 el que autorizó la convocatoria del referéndum por el que se reformó el Estatuto de 1982, especificando tal Acuerdo lo que sigue: «Esta autorización es preceptiva, ya que tanto el Estatuto aún vigente, como la Propuesta de Reforma, disponen que el Gobierno de la Nación deberá autorizar la convocatoria de dicho referéndum».

Fue la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010 sobre el EA de Cataluña la que en su Fundamento Jurídico (FJ) 145, en una interpretación de la CE y del artículo 2.2 LORDMR, argumentó que «tratándose de un refe-

(15) «En todo caso, la alocución que se repite en toda la regulación de estos nuevos referéndum de reforma estatutaria es la autorización del Estado para la convocatoria del referéndum lo que reitera la interpretación consolidada del Tribunal Constitucional al respecto de los referéndum en el ámbito autonómico...», en N. PÉREZ SOLA, 2019: 64.

réndum preceptivo a cuya celebración, satisfechos los trámites procesales de la reforma, nunca podrían oponerse los criterios de oportunidad política que característicamente inspiran la acción del Gobierno, y confiándose además en este caso a las mismas Cortes Generales la autorización para que se celebre el último acto necesario para la perfección de su voluntad legislativa, no puede merecer censura, desde el punto de vista constitucional, que se salvaguarde la indemnidad del iter legislativo excluyendo la intervención, siquiera formal y debida, del Gobierno del Estado» (16).

6. La STC 31/2010 aclara, en relación con la recién comentada autorización, que esta habrá de ser expresa y no entenderse implícita y que la misma no formará parte del propio texto normativo del EA, sino que se integrará en la Ley Orgánica que aprueba el EA «como una disposición específica y separada, sólo imputable a las Cortes Generales» (FJ 145).

7. Siguiendo con la ilación lógica, controvertido ha resultado también lo referente al órgano convocante del referéndum de reforma, una facultad que en principio podría considerarse atribuida al Rey. Según estos EEA serán, en cada caso, la Generalitat Valenciana, el Gobierno de Aragón, la Junta de Extremadura o el Gobierno de Canarias.

Debe recordarse que tampoco esto supone ningún contenido novedoso con respecto a las CCAA del 151, que lo incluyeron desde el primero momento en sus EEA, si bien Andalucía no fue tan clara en su redacción. Sea como fuere, fueron los Presidentes catalán y andaluz quienes convocaron en 2006 y 2007, respectivamente, los referéndums de reforma estatutaria.

Es de nuevo la STC 31/2010 la que aduce un conjunto de razones en favor de las convocatorias autonómicas, a saber: a) el Rey no interviene en el ámbito de las CCAA en actos en que sí lo hace en el ámbito estatal, b) la convocatoria del referéndum de reforma estatutaria no está atribuida expresamente al Rey en la CE y c) los Presidentes autonómicos son, según el artículo 152.1 CE, los representantes ordinarios del Estado en su CA (FFJJ 146 y 147). Pero además la STC 31/2010 expresamente declara que «el referéndum de reforma estatutaria sólo está constitucionalmente impuesto para el caso de los Estatutos elaborados de acuerdo con el procedimiento del art. 151 CE, en tanto que los restantes Estatutos de Autonomía, sin contar con esa imposición, pueden arbitrar, ex art. 147.3 CE (que a este respecto confiere un amplio margen de configuración al propio Estatuto), procedimientos de reforma que

(16) Estoy, por tanto, en desacuerdo con César Aguado cuando afirma que «no resulta constitucionalmente aceptable condicionar ese margen de conveniencia mediante el expediente de insertar un referéndum como trámite de un proceso normativo, de modo que el Gobierno se viese impedido para negar la autorización por resultar del trámite consultivo popular una obligación normativa», en C. AGUADO RENEADO, 2017, P. 119.

contemplan ese mismo referéndum de ratificación de la reforma previa a la sanción, promulgación y publicación de la ley orgánica que la formalice, o bien referenda insertos en fases antecedentes del proceso de revisión; por ejemplo, antes de la remisión a las Cortes Generales del texto acordado en la Asamblea autonómica. Se trataría entonces de una modalidad de referéndum distinta a las contempladas en la Constitución y, por tanto, si bien no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales de cuantos se regulan en la Ley Orgánica 2/1980, sí cabría excepcionar la aplicación a ella de los procedimientos y formalidades menos necesarios a los fines de la identificación de la consulta como un verdadero referéndum. Entre ellas, por lo que aquí importa, la convocatoria formal por el Jefe del Estado...» (FJ 147).

8. En el momento de escribir estas líneas, a comienzos de 2021, solo uno de los cuatro EEA que aquí estamos viendo ha sido ya reformado. Se trata del EACV, por medio de la Ley Orgánica 3/2019, de 12 de marzo. Esto es, el procedimiento recogido en el artículo 81 EACV ha sido ya activado en una ocasión, si bien —por lo que aquí especialmente interesa— no fue convocado el referéndum de ratificación. La razón tiene que ver con que la reforma, producida en materia de participación de la Generalitat Valenciana en las decisiones sobre inversión del Estado en la CA, se limitó a añadir un nuevo apartado al artículo 52 EACV, en materia de competencias. Y un supuesto como ese, de ampliación de competencias, permitía, como se ha visto, la opción de no convocar el referéndum.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto por el apartado quinto del artículo 81 EACV, la Ley Orgánica debía haber incluido la autorización para celebrar el referéndum en un plazo de seis meses, quedando la entrada en vigor de la reforma supeditada a que la Generalitat hiciera o no uso de la habilitación. Pero la Ley Orgánica 3/2019 no incluyó la autorización, estableciendo por el contrario, en su Disposición final segunda, que la norma entraría en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Considero por ello que esta reforma fue inconstitucional por vulnerar el procedimiento estatutario para la propia reforma.

IV. LA PROFUNDIZACIÓN DEMOCRÁTICA COMO PROFUNDIZACIÓN DEL AUTOGBIERNO. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sirvan estas líneas finales para exponer algunas breves conclusiones en relación con la incorporación del referéndum a los procedimientos de reforma de algunas CCAA del artículo 143 CE.

Esther Seijas ha llamado la atención sobre el valor que ello ha tenido como «habilitación subyacente» para que sean los EEA las fuentes que creen

nuevas modalidades de referéndum (E. SEIJAS VILLADANGOS, 2013: 159-160). En efecto, como ha escrito la profesora Sáenz Royo, «(n)o parece discutirse, por tanto, la posibilidad de introducir vía Estatutos de Autonomía modalidades de referéndum autonómico diferentes a las tasadas constitucionalmente» (E. SÁENZ ROYO, 2018: 46-47).

Más allá de esto, y por lo que hace de manera concreta a los referéndums que aquí nos ocupan, es de celebrar el que se hayan incorporado a las normas estatutarias analizadas. Como ha escrito José María Baño a propósito de la Comunidad Valenciana, pero de un modo que perfectamente puede hacerse extensivo a otras CCAA, «(u)n régimen de autogobierno parece exigir el consentimiento de los gobernados. Sin embargo, hasta la reforma vigente, el Estatuto valenciano no preveía la aprobación mediante referéndum. Sorprende ciertamente que un ente jurídico que representa el autogobierno del pueblo valenciano surja sin haber contado con una aprobación explícita popular» (J. M. BAÑO LEÓN, 2007, 68-69).

Coincidiendo con esta opinión, considero interesante conectar las vías de profundización democrática —mediante una participación mayor y más consciente de la ciudadanía de una CA— con las vías de profundización del autogobierno. Y ello es especialmente relevante cuando de reformar la norma institucional básica se trata.

Por esta razón, pienso que el referéndum debería celebrarse ante cualquier modificación de las normas estatutarias, siendo conscientes no obstante, como ha señalado Olga Herráiz, de que por ejemplo en los referéndums de reforma de los EEA catalán y andaluz se dio una baja participación popular y considerando, por ello, como hace esta misma autora, que seguramente debamos plantearnos el hecho de que la información disponible, así como los cauces participativos, quizás se hayan revelado insuficientes (O. HERRÁIZ SERRANO, 2007: 53).

Por otra parte, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada en 2015 y consistente en la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad contra los Proyectos y las Propuestas de Reforma de EEA ha introducido ciertas garantías a la hora de conjurar el temor que un autor como Vicente Álvarez veía en 2011 en el hecho de extender un modelo de «Comunidades Autónomas blindadas mediante referéndum», con el choque con el Tribunal Constitucional que ello podía acarrear (V. ÁLVAREZ GARCÍA, 2011: 247).

En definitiva, la inclusión o no de referéndums de reforma en los EEA —así como el distinto alcance e intensidad con que ello pueda hacerse— no es hoy, tal y como también ocurría en los primeros años del Estado Autonómico, sino una muestra del propio principio dispositivo y un ejercicio, al cabo, del derecho a la autonomía. Pero, al mismo tiempo, es cierto —en palabras del profesor López Ramón— que «(c)omprometer directamente al electorado de

cada Comunidad Autónoma, al menos en las principales reformas, sería el lógico corolario, y aun la premisa, del robustecimiento del poder estatutario» (F. LÓPEZ RAMÓN, 2005: 30).

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, César (2017): «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», en Eva SÁENZ ROYO y Carlos GARRIDO LÓPEZ (Coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 99-128.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2011): «Sistema de fuentes del Derecho en la Comunidad Autónoma de Extremadura», en Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (coord.), *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Madrid, Marcial Pons, pp. 211-250.
- BAÑO LEÓN, José María (2007): «El Estatuto de Autonomía en el ordenamiento estatal y en el autonómico», en José María BAÑO LEÓN (Dir.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 53-72.
- BOSCH BENÍTEZ, Óscar (2020a): «Artículo 200. Procedimiento general de reforma del Estatuto», en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre*, Boletín Oficial del Estado – Parlamento de Canarias, Madrid, pp. 1165-1170.
- (2020b): «Artículo 201. Del procedimiento de reforma abreviado», en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre*, Boletín Oficial del Estado – Parlamento de Canarias, Madrid, pp. 1171-1174.
- (2020c): «Artículo 202. Audiencia a los Cabildos insulares», en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre*, Boletín Oficial del Estado - Parlamento de Canarias, Madrid, pp. 1175-1176.
- CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique (2017): «Los referéndums de reforma de la Constitución española: un análisis crítico y una propuesta de modificación», en Eva SÁENZ ROYO y Carlos GARRIDO LÓPEZ (Coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 73-97.
- (2019): «Derecho y política en la construcción del Estado Autonómico. Algunas reflexiones a propósito del Dictamen de la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Zaragoza de 12 de febrero de 1980», en Emilia MARTOS CONTRERAS, Rafael QUIROSA-CHEYROUZE y Alberto SABIO ALCUTÉN (eds.), *40 años de Ayuntamientos y Autonomías en España*, Zaragoza, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, pp. 68-86.

- CONTRERAS CASADO, Manuel (1998): *La forja de la autonomía. Bases documentales del proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Cortes de Aragón.
- GARCÍA CANALES, Mariano (1988): «La reforma de los Estatutos y el principio dispositivo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, pp. 157-184.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1999): *Demanda regional y proceso autonómico. La formación de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Madrid, Tecnos.
- GUEDEA MARTÍN, Manuel (2008): «El procedimiento de reforma del Estatuto», en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN (coord.), *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007*, Zaragoza, Gobierno de Aragón – Vicepresidencia, pp. 307-325.
- (2010): «La reforma del Estatuto de Autonomía», en José BERMEJO VERA y Fernando LÓPEZ RAMÓN (Dirs.), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 141-164.
- HERRÁIZ SERRANO, O. (2007): «Reflexiones en torno a algunos aspectos procedimentales de las últimas reformas estatutarias emprendidas en nuestro Estado autonómico», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 19, 23-65.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2005): «Reflexiones sobre el procedimiento en la tercera reforma estatutaria», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Ed.), *De la reforma estatutaria*, Monografías de esta REVISTA, VIII, pp. 15-33.
- PÉREZ SOLA, Nicolás (2019): «Regulación y práctica de los referéndums autonómicos en la Constitución y en la LOMR: los referéndums de iniciativa autonómica, aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía», en Carlos GARRIDO LÓPEZ y Eva SÁENZ ROYO (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 45-68.
- SÁENZ ROYO, Eva (2018): *El referéndum en España*, Madrid, Marcial Pons.
- SEIJAS VILLADANGOS, María Esther (2013): «Referéndum y consultas populares en los nuevos Estatutos de Autonomía», en Eva SÁENZ ROYO y Manuel CONTRERAS CASADO (eds.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza, Comuniter, pp. 131-171.
- TUDELA ARANDA, José (2007): «A modo de aproximación al Estatuto de Autonomía de Aragón de 20 de abril de 2007. El nuevo Estatuto en el Estado desconcertado», en esta REVISTA, 30, pp. 89-145.
- (2010): «Heterogeneidad y asimetría en un estado indefinido. Una aceptación de la diversidad que es una puerta de futuro», en José TUDELA ARANDA y Félix KNÜPLING (eds.), *España y modelos de federalismo*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 111-149.

ALTERNATIVAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN UE-EE. UU. (*)

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN.– II. CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES Y MEDIOS PARA SU REALIZACIÓN LEGÍTIMA: 1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación por parte de la Comisión.– 2. Transferencias efectuadas mediante la prestación de garantías adecuadas.– 3. Transferencias específicas y excepcionales.– III. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS A ESTADOS UNIDOS TRAS LA ANULACIÓN DEL ESCUDO DE PRIVACIDAD: INTERROGANTES Y ALTERNATIVAS.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio ofrece un análisis exhaustivo de las transferencias internacionales de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales merced a la nueva normativa en materia de privacidad. Más concretamente, analiza los efectos que, sobre este esquema normativo, trae consigo la anulación del Escudo de privacidad en los movimientos transatlánticos de información entre la Unión Europea y Estados Unidos y cómo ello supone, de facto, una traslación de la responsabilidad hacia el responsable del tratamiento.

Palabras clave: dato personal; transferencias internacionales; RGPD; UE, EE. UU.

ABSTRACT: This study provides a comprehensive analysis of international transfers of personal data to third countries or international organizations due to new privacy regulation. More specifically, it analyzes the effects on this regulatory scheme of the annulment of the Privacy Shield in the transatlantic information movements between the European Union and the United States and how this implies, in fact, a transfer of responsibility to the controller.

Key words: privacy; international transfers; GDPR; EU, US.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de noviembre de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de diciembre de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo V del 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 (1) (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD) abarca los artículos 44 y 50 y, en ellos, se disciplinan las conocidas como «Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales». Mucho más escueta era, al respecto, 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 (2) (en adelante, DPDP), que dedicaba a esta cuestión tan sólo los preceptos 25 y 26, es decir, dos artículos frente a los seis de la nueva normativa comunitaria. Únicamente teniendo en cuestión este aspecto, podemos observar que el legislador europeo ha adquirido consciencia de la relevancia que supone la realización de transferencias internacionales de datos personales en un panorama globalizado como el actual, pretendiendo contribuir con una mayor clarificación y detalle normativo a esta cuestión.

A nivel interno español, los preceptos del Reglamento general de protección de datos se verán desarrollados y completados por el Título VI (que comprende los artículos 40 a 43) de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (3) (en adelante, LOPDGDD). De este modo, se produce un desplazamiento de las medidas contenidas en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD) y de aquellas previstas en los artículos 65 a 70 y 137 a 144 del 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 (en adelante, RDLOPD).

Sin embargo, no se contempla en la nueva regulación una definición que nos permita entender qué es una transferencia internacional de datos personales, siguiendo, en este punto, la línea marcada por la DPDP (R. Bermejo Bosch, 2012: 89) (4). Tampoco se incluye definición alguna que haga posible conocer

(1) Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

(2) Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante, DOCE) L 281/31, de 23 de noviembre de 1995.

(3) Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

(4) No obstante, al amparo de esta Directiva surge la sentencia de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-101/01-Bodil Lindqvist), donde el Tribunal da respuesta a la cuestión

qué se entiende por tercer país. Pese a ello, conviene aclarar que, a efectos de la nueva (también de la anterior) normativa en materia de protección de datos personales, no tendrán la consideración de transferencia internacional aquellas transmisiones de datos personales que se produzcan en el interior del territorio comunitario. Es por ello por lo que el artículo 4.23) RGPD conceptualiza los tratamientos transfronterizos de la siguiente manera: a) bien como el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de establecimientos en más de un Estado miembro de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, si el responsable o el encargado está establecido en más de un Estado miembro; b) bien como el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, pero que afecta sustancialmente o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro. En otras palabras, los tratamientos transfronterizos no serán, en sentido estricto, transferencias internacionales, ya que tienen lugar en el interior de la Unión Europea, cuyo territorio proporciona el mismo nivel de protección en materia de protección de datos. De este modo, las transferencias internacionales comportan un tratamiento de datos personales en el que confluyen, como mínimo, un Estado comunitario y un tercer país u organización internacional situado fuera de la Unión Europea.

A la vista de lo anterior, la nueva regulación, nacional y comunitaria, sobre protección de datos personales pone de manifiesto, de un lado, la clara convicción de que la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales constituyen una realidad fundamental en la actualidad, y, de otro, la evidencia (a la que procura dar respuesta) de los riesgos que tales transferencias internacionales pueden conllevar para los derechos y libertades de las personas físicas titulares de los datos personales. Merced a ello, se configura un escenario que, siguiendo la herencia marcada por la normativa ya derogada, introduce novedades relevantes que veremos a largo de los siguientes apartados.

prejudicial planteada sobre si existe transferencia de datos a un tercer país, en el sentido del art. 25 de la Directiva (que se corresponde con los artículos 44 y ss. del Reglamento), cuando una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por persona física o jurídica que gestiona el sitio en el que está alojada dicha página (proveedor de servicios de alojamiento de páginas web) y que tiene su domicilio en el mismo Estado u otro Estado miembro, de manera que dichos datos son accesibles a cualquier persona que se conecte a Internet, incluyendo aquellas situadas en terceros países. A mayor abundamiento, específicamente se plantea si la respuesta a esta cuestión seguiría siendo la misma si se acreditaba que ningún nacional de un país tercero ha accedido efectivamente a dichos datos o si el servidor en el que está almacenada la página se encuentre físicamente situado en un tercer país.

II. CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES Y MEDIOS PARA SU REALIZACIÓN LEGÍTIMA

Como ya hemos anticipado en líneas anteriores, ni la regulación precedente ni la actual proporcionan una definición que permita comprender qué constituye una transferencia internacional de datos personales. Pese a ello, y siendo conscientes de la dificultad que entraña reducir a un concepto la figura, especialmente en un mundo globalizado como en el que vivimos actualmente, parece imprescindible establecer los elementos cuya concurrencia nos permitan afirmar que estamos en presencia de la misma:

En primer lugar, parece evidente, hemos de estar ante un tratamiento de datos personales, es decir, ante un tratamiento de cualquier tipo de información que afecte a una persona física identificada o identificable [artículo 4.1) RGPD], que no es sino el interesado, siempre y cuando dicho tratamiento y dicho sujeto se encuentren sometidos al ámbito de aplicación establecido en los artículos 2 y 3 RGPD y 2 LOPDGDD.

En segundo lugar, en tratamiento de estos datos personales habrá de ser considerado, además, como transferencia internacional (S. Lorenzo Cabrera, 2018: 202). Pese a lo que pueda parecer, con esta afirmación no se incurre en afirmaciones absurdas o en reiteraciones innecesarias, ya que, como ha quedado puesto de manifiesto, la nueva normativa en materia de protección de datos no proporciona definición alguna de transferencia internacional de datos personales (J. López Calvo, 2019: 572-573).

Así las cosas, ¿podríamos entender que el concepto de transferencia internacional de datos personales abarcaría también aquellos supuestos en los que el tratamiento de los mismos persiga, de un modo claro, su puesta a disposición de terceros? En este sentido, la letra g) del artículo 49.1 RGPD permite aportar claridad al respecto, ya que entiende adecuada a Derecho aquella transferencia de datos que tenga lugar desde un registro público que, al amparo del ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros o de conformidad con el Derecho comunitario, persiga proporcionar información al público y esté abierta a la consulta del público en general o, más específicamente, de cualquier sujeto que pueda llegar a acreditar un interés legítimo, si bien únicamente en la medida en que, en cada supuesto específico, se satisfagan las condiciones que impone el Derecho comunitario o el Derecho interno de los países comunitarios.

A continuación, se describen cada una de las vías que, llegado el caso, podrían permitir la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales. Tales alternativas se encuentran recogidas en los artículos 45 a 49 RGPD y 41 a 43 LOPDGDD.

1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación por parte de la Comisión

La regulación en materia de protección de datos personales pivota en torno a un modelo amparado en la existencia de decisiones de adecuación como elemento primario para la realización satisfactoria y jurídicamente adecuada de transferencias internacionales de datos personales.

En cuanto a la competencia para poder adoptar esta decisión de adecuación, la regulación precedente establecía los cimientos que permitieron que no sólo fuera la Comisión, sino también cada uno de los Estados miembros, quienes tuvieran la facultad de disponer si un determinado país, situado fuera de las fronteras comunitarias, ofrecía un nivel adecuado de protección de los datos personales de los interesados (M. Recio Gayo, 2019: 213). Empero, la nueva normativa encomendará esta decisión de adecuación únicamente a la Comisión, excluyendo a los Estados miembros; de acuerdo con el apartado primero del artículo 45 y con el considerando 103, ambos del Reglamento general de protección de datos, la razón que justifica esta asignación única y exclusiva a la Comisión parece justificarse por la necesidad de aportar, a nivel de toda la Unión Europea, seguridad y uniformidad jurídica en lo que atañe a ese país tercero u organización internacional que deba ofrecer, llegado el caso, el nivel adecuado de protección.

Además, se ha ampliado de manera expresa el ámbito subjetivo de quienes pueden ser objeto de esta decisión de adecuación. En este sentido, podrán serlo los terceros países o un territorio concreto o uno o varios sectores de manera específica dentro de ese tercer país, así como una organización internacional (artículo 45.1 RGPD). Pese a ello, la nueva normativa no establece definición alguna de territorio o sector específico, de manera tal que esta concreción en cuanto al alcance de sendos términos habrá de ser desarrollada en las decisiones de adecuación que, en su caso, sean adoptadas.

En cuanto al procedimiento, el Reglamento general de protección de datos asigna a la Comisión la competencia necesaria para poder llevar a cabo la adopción de un acto de ejecución en virtud del cual se establezca la conformidad. Este acto será adoptado de acuerdo con el procedimiento de examen a que alude el artículo 93.2 RGPD, precepto este que, a su vez, hace referencia al artículo quinto del Reglamento (UE) n° 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (5).

(5) DOUE L 55/13, de 28 de febrero de 2011.

Ahora bien, además de la Comisión, el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, CEPD o, en inglés, *European Data Protection Board* -EDPB-) asumirá, como en su momento hiciera el Grupo de Trabajo del Artículo 29, un papel esencial en este proceso. Tanto es así que la letra s) del artículo 70.1 del Reglamento general de protección de datos establece que el CEPD habrá de facilitar a la Comisión un dictamen para que esta pueda realizar la evaluación de la adecuación en relación con el nivel de protección que ha de presentar el tercer país u organización internacional, en especial con la finalidad de poder realizar la evaluación de si este tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos del mismo, así como una organización internacional, llegado el momento, ya no pueden garantizar este nivel satisfactorio de protección. En este sentido, la Comisión deberá proporcionar al citado Comité toda la información y documentación que resulte preceptiva, donde se incluya la correspondencia mantenida con el gobierno del tercer país, que se refiera al territorio afectado (6).

Desde un punto de vista práctico, estos dictámenes han sido decisivos en el desarrollo de procedimientos para reconocer el nivel de adecuación, ya que son imprescindibles dada la perspectiva estrictamente jurídica y técnica que asume el CEPD, garantizando, así, un estudio imparcial de cada supuesto (L. Cervera Navas, 2019: 667). Este dictamen, conviene advertir, será preceptivo, si bien no vinculará a la Comisión para que esta adopte las decisiones que estime oportunas.

Nada se detalla en el Reglamento general de protección de datos en cuanto a la manera en que el proceso ha de ser iniciado. Cabría la posibilidad de que el inicio fuera llevado a cabo por la Comisión de oficio o, incluso, a iniciativa del EDPB. De igual modo, podría surgir como resultado de un acuerdo internacional anterior celebrado por la Comisión. No obstante, lo más normal es que sean los países, sus territorios o las organizaciones internacionales que tengan interés en el resultado de la decisión de adecuación, los que tomen la iniciativa de presentar su solicitud ante la Unión Europea, originando el análisis de los aspectos a que alude el artículo 45.2 RGPD.

Este análisis abarca los distintos aspectos a que alude dicho precepto. En este sentido, el considerando 104 RGPD establece el marco general en que se ha de sustentar este análisis, como son los valores fundamentales en que se fundamenta la Unión Europea, especialmente la protección de los derechos humanos (C. I. Cordero Álvarez, 2019: 58-62; P. G. Eduardo Ustaran, 2019: 473-475). En este contexto, la Comisión habrá de valorar obligatoriamente

(6) En este sentido, podemos destacar el documento *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, adoptado con fecha 10 de noviembre de 2020.

determinados elementos que han de perseguir esta protección eficaz, no únicamente formal, de la protección de los datos personales del interesado. Conviene poner de manifiesto, no obstante, que algunos de estos aspectos son de difícil evaluación en relación con las organizaciones internacionales; tanto es así que, si advertimos, en el considerando 104 RGPD no se hace alusión alguna a las mismas.

Así las cosas, los aspectos que se deberán considerar al respecto pueden ser agrupados en tres categorías:

a) El marco jurídico general, en sentido amplio [letra a) del artículo 45.2 RGPD]. Se tendrá en cuenta, aquí, que se trate de un Estado de Derecho, que respete los derechos y libertades, que cuente con una legislación adecuada, con jurisprudencia, con el reconocimiento de derechos, entre otras cuestiones. Además, se incorpora una alusión específica al acceso de las autoridades públicas a los datos personales y a la obligación de proteger las transferencias internacionales de datos que se realicen posteriormente.

Ello nos recuerda, en parte, a la enumeración establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la sentencia de 6 de octubre del año 2015, asunto C-362/14, en virtud de la cual se declaraba la invalidez de la Decisión 2000/520/CE de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (7), de gran relevancia en la conformación que, en la actualidad, presenta el modelo de adecuación.

b) Que existan y funcionen de manera eficaz una o varias autoridades de control en el tercer país, territorio u organización internacional de que se trate [letra b) del artículo 45.2 RGPD]. Estas autoridades de control tendrán la obligación de cooperar con las autoridades de la Unión Europea y de los Estados miembros. En este sentido, el considerando 104 RGPD establece la obligación de que el control ejercido por estas autoridades se produzca de manera eficaz e independiente, destacando la importancia que la nueva normativa en materia de protección de datos personales atribuye a este aspecto, como bien se ha puesto de relieve de forma reiterada en distintas decisiones de adecuación aprobadas y en los dictámenes del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (8). Ello está alineado, de manera clara, con lo dispuesto en el artículo

(7) DOCE L 215/7, de 25 de agosto de 2000.

(8) Entre otras, Guidelines on Article 49 of Regulation 2016/679, de 06 de febrero de 2018.

8.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (9), que establece la obligación de que exista una autoridad de control independiente que pueda garantizar de manera eficaz el derecho fundamental a la protección de datos, haciendo que el principio de control independiente se erija como uno de los más importantes en la configuración de este derecho fundamental.

c) Concurrencia de compromisos que, a nivel internacional, sean asumidos por el tercer país, territorio u organización internacional, especialmente en materia de protección de datos personales [letra c) del artículo 45.2 RGPD]. Especial importancia adquiere, entre estos compromisos internacionales, la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 (10), como bien pone de manifiesto el considerando 105 RGPD.

Una vez remitido el dictamen por parte del CEPD y del Parlamento Europeo, la Comisión procederá a la adopción de una decisión de adecuación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 45.3 RGPD. Este acto de ejecución deberá establecer un mecanismo de revisión regular, como mínimo cada cuatro años, que considere todos aquellos acontecimientos importantes sucedidos a lo largo de ese intervalo de tiempo en el territorio de que se trate, especificando su ámbito de aplicación territorial y sectorial y determinando, en su caso, la autoridad de control o autoridades de control a que alude la letra b) del artículo 45.2 RGPD. Por su parte, el artículo 97 del Reglamento general de protección de datos establece que, a más tardar el 25 de mayo del año 2020 y, con posterioridad, cada cuatro años, la Comisión deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe relativo a la evaluación y revisión del RGPD, incluyendo un examen de esta aplicación y del funcionamiento del capítulo V, en especial en relación con las decisiones de adecuación llevadas a cabo en virtud del artículo 45.3 RGPD.

Por último, el apartado octavo del artículo 45 RGPD establece la obligación de la Comisión de publicar, en el DOUE y en su página web, una enumeración de aquellos terceros países, territorios o sectores específicos en relación con los cuales se haya adoptado una decisión de adecuación, afirmando que los mismos ofrecen, o ya no, el nivel de protección adecuado requerido.

Una vez obtenida la decisión de ejecución, uno de los aspectos más relevantes radica en que la transferencia internacional de datos personales que se realice no conllevará la necesidad de obtener ninguna autorización específica, tal y como establece el artículo 45.1 RGPD. En este sentido, las transferencias internacionales de datos personales se asemejan a los tratamientos transfronterizos, cuya definición se contiene en el artículo 4.23) RGPD.

(9) DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

(10) En nuestro país, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

Por lo demás, a pesar de que la finalidad de la decisión de adecuación adoptada por la Comisión es aportar seguridad y uniformidad jurídicas en todo el territorio de la Unión Europea, la realidad es que las autoridades de control de los Estados miembros cuentan con la habilitación necesaria para poder realizar tareas de investigación en orden a determinar si una transferencia realizada con base en una decisión de adecuación es, o no, conforme con la normativa en materia de protección de datos. La razón se encuentra en la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2015, en virtud de la cual se establece la invalidez de la decisión sobre puerto seguro. Esta capacidad investigadora no abarcará, sin embargo, la facultad de no aplicar una decisión de adecuación que resulte puesta en entredicho.

Por otro lado, la decisión de adecuación exige a la Comisión la supervisión constante de aquellas circunstancias que puedan condicionar una aplicación eficaz de dicha decisión (artículo 45.4 RGPD) (M. Recuero Linares, 2019: 424-427). Esta norma únicamente alude a los países terceros y a las organizaciones internacionales, si bien parece obvio que este análisis habrá de abarcar también aquellas áreas concretas en relación con las cuales se haya reconocido la adecuación en cuestión (11).

2. Transferencias efectuadas mediante la prestación de garantías adecuadas

La normativa precedente pivotaba sobre la base de la existencia de una decisión de adecuación como presupuesto legal jurídicamente habilitante para

(11) Para concluir, resulta importante aludir a un hecho, cual es que, tras la sentencia del TJUE de 6 de octubre del año 2015, la Comisión ha procedido a aprobar la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2295 de la Comisión de 16 de diciembre de 2016 en virtud de la cual se produce la modificación de las Decisiones 2000/518/CE, 2002/2/CE, 2003/490/CE, 2003/821/CE, 2004/411/CE, 2008/393/C, 2010/146/UE, 2010/625/UE, 2011/61/UE y las Decisiones de Ejecución 2012/484/UE y 2013/65/UE, relativas a la protección adecuada de los datos personales por determinados países, en aplicación del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 344/83, de 17 de diciembre de 2016), sobre la protección adecuada de los datos personales por parte de determinados países, en aplicación del apartado sexto del artículo 25 DPDP. Esta Decisión establece, con carácter fundamental, dos aspectos relacionados con las decisiones de adecuación que han sido objeto de aprobación: a) de una parte, han de precisar con claridad que, teniendo en cuenta que las mismas establecen un límite de las facultades que corresponden a las autoridades nacionales de supervisión equiparable a la establecida en la decisión de Puerto Seguro, anulada posteriormente por el Tribunal, ha de procederse a una modificación dirigida a eliminar estas limitaciones; b) de otra, como consecuencia de la precitada sentencia del TJUE, la Comisión habrá de realizar un seguimiento constante, tanto legislativamente como en la práctica, de aquellas modificaciones que pudieran influir en el correcto funcionamiento de las decisiones de adecuación, en especial de la evolución de aquellas normas que disciplinan el acceso a los datos personales por parte de las autoridades públicas

poder realizar transferencias internacionales de datos personales. La regulación actual sobre protección de datos refuerza estas transferencias internacionales por medio de la introducción de una nueva vía que, en defecto de la decisión de adecuación antes aludida, permitiría a responsables y encargados del tratamiento transferir datos personales a terceros países u organizaciones internacionales por medio de la prestación de garantías adecuadas que, en esa normativa anterior, tan sólo eran consideradas como una excepción a la regla general, dentro del apartado segundo del artículo 26 DPDP.

Así las cosas, y de acuerdo con el artículo 46.1 RGPD, a falta de una decisión de adecuación por parte de la Comisión, el responsable o el encargado del tratamiento únicamente podrán realizar transferencias internacionales de datos personales en el supuesto de que hayan ofrecido determinadas garantías que resulten suficientes y siempre que las personas físicas titulares de los datos personales cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas (C. Álvarez Rigaudias, 2012: 130-133). En este sentido, la existencia de garantías adecuadas se erige en el único presupuesto general que, juntamente con la existencia de decisiones de adecuación, ampara la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, de modo que el resto de los supuestos constituirían ya excepciones a ambas reglas generales. Además, con independencia de qué garantías sean prestadas, se exige que estas sean eficaces y efectivas para los interesados, ya que estos han de verse respaldados, en todo momento, repetimos, por derechos exigibles y acciones legales efectivas.

Por lo demás, el artículo 15.2, al igual que los artículos 13.1.f) y 14.1.f), todos ellos del RGPD, al regular el derecho de acceso y el derecho de información con que cuenta el interesado, respectivamente, establecen la necesidad de que, en el supuesto de que se realicen transferencias internacionales de datos personales, el interesado que ejercite este derecho o que tenga derecho a ser informado, respectivamente, tendrá que ser informado de todas aquellas garantías que resulten adecuadas, al amparo del precitado artículo 46 del Reglamento general de protección de datos.

En definitiva, las garantías adecuadas permiten hacer lícita la realización de transferencias internacionales cuando no exista una decisión de adecuación por parte de la Comisión (incluidas las aprobadas con base en la DPDP) o en aquellos supuestos en que no concurra ninguna de las excepciones previstas en el artículo 49 RGPD (P. A. De Miguel Asensio, 2004: 399).

La nueva normativa comunitaria distingue dos grupos claramente diferenciados de garantías que pudieran resultar adecuadas: a) aquellas que no exigen de autorización y b) aquellas que sí la requieren. En concreto, el artículo 46.2 RGPD establece que las garantías adecuadas podrán ser susceptibles de aportación, sin necesidad de requerir autorización especí-

fica alguna por parte de la autoridad de control, a través de alguno de los siguientes medios:

a) Instrumentos que sean jurídicamente vinculantes y que puedan exigirse entre autoridades u organismos de naturaleza pública. En este sentido, las transferencias internacionales de datos entre autoridades u organismos públicos pueden ser lícitas sin la autorización de la autoridad de control sobre la base de la existencia de disposiciones que se incorporen a acuerdos de carácter administrativo, tales como un memorando de entendimiento, y que establezcan el reconocimiento de derechos exigibles y eficaces a las personas físicas titulares de los datos personales. Si estas garantías adecuadas se incorporan en acuerdos de carácter administrativo que no son jurídicamente vinculantes, se habrá de obtener una autorización por parte de la autoridad de control competente (considerando 108 RGPD), que aplicará el mecanismo de coherencia al amparo de lo dispuesto por el artículo 46.4 RGPD (artículo 46.3 RGPD).

b) Normas corporativas vinculantes, que, por su relevancia, desarrollaremos de manera detallada más adelante.

c) Cláusulas tipo en materia de protección de datos personales que sean adoptadas por la Comisión. Las cláusulas tipo pretenden tener una importancia ciertamente relevante con la nueva normativa en materia de protección de datos, equiparable a la que han tenido en el pasado. Estas cláusulas podrán ser adoptadas por parte de la Comisión o, como veremos en el siguiente supuesto, por una autoridad de control, o incorporadas por las partes y, con carácter posterior, autorizadas por una autoridad de control (aplicando, en este último supuesto, el mecanismo de coherencia del artículo 46.4 RGPD).

Estas garantías apropiadas habrán de garantizar el cumplimiento y la satisfacción de las exigencias en materia de protección de datos personales y de los derechos que corresponden a los interesados, lo que supone la inclusión del derecho a obtener una reparación de carácter administrativo o judicial eficaz y a ejercer la reclamación de una indemnización, dentro de la Unión Europea o en un país tercero (M. B. Sánchez Domingo, 2018: 171). En especial, habrán de aludir a la satisfacción de los principios generales relativos al tratamiento de los datos personales y a aquellos principios de protección de los datos desde el diseño y por defecto, recogidos en los artículos 5 y 25 RGPD, respectivamente (considerando 108 RGPD).

d) Cláusulas tipo en materia de protección de datos adoptadas, en este caso, por parte de una autoridad de control, siendo aprobadas por la Comisión con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93.2 RGPD.

e) Códigos de conducta, juntamente con compromisos de carácter vinculante y exigible por el responsable o por el encargado del tratamiento, en el tercer país, de aplicar garantías adecuadas, incluyendo aquí aquellas que se refieren a los derechos que corresponden a los interesados.

f) Mecanismos de certificación, además de compromisos vinculantes y exigibles, del mismo modo que los códigos de conducta establecidos en la letra anterior.

Por otro lado, el artículo 46.3 RGPD establece que, siempre que se cuente con la autorización emitida por la autoridad de control competente, las garantías adecuadas también podrán ser aportadas, en su caso, por medio de:

a) Cláusulas contractuales celebradas entre el responsable o el encargado del tratamiento y el responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento o el destinatario de los datos personales establecidos en un tercer país u organización internacional.

b) Disposiciones que sean incorporadas en acuerdos de carácter administrativo, suscritas entre las autoridades u organismos de naturaleza pública que reconozcan derechos efectivos y exigibles para las personas físicas titulares de los datos.

Un aspecto fundamental dentro de estas garantías viene constituido, como anticipábamos, por las normas corporativas vinculantes (también conocidas, en inglés, como *Binding Corporate Rules* –BCR–), que constituyen una de las más relevantes novedades aportadas por la regulación actual sobre protección de datos y que quedan recogidas dentro del artículo 47 RGPD.

En este sentido, el artículo 4.20) RGPD entiende por normas corporativas vinculantes aquellas políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado del tratamiento en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta. La definición proporcionada por el artículo 4 RGPD y la configuración de su regulación son el resultado de un proceso evolutivo a que se han visto expuestas estas normas corporativas vinculantes desde hace, aproximadamente, quince años, momento en el que comenzó a abordarse esta cuestión, especialmente por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29, cuya gran labor ha sido puesta de manifiesto en una serie de documentos de gran interés para un examen pormenorizado de esta cuestión. Así las cosas, la normativa actual sobre protección de datos recoge el resultado de un intento por regular de forma eficaz aquellas transferencias internacionales realizadas en el contexto de grandes multinacionales o de grupos de empresas [entendido este, de acuerdo con el artículo 4.19) RGPD, como aquel grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas], facilitando su articulación, siempre con la garantía del respeto del derecho fundamental a la protección de datos personales (V. Guash Portas, 2017: 340-342).

En este sentido, conviene recordar la regulación proporcionada por el derogado RDLOPD, que ya incorporó una primera alusión específica a las normas corporativas vinculantes dentro de su artículo 70.4. En cualquier caso, resulta evidente que estas normas corporativas vinculantes constituyen, en la actualidad, una herramienta cada vez más empleada, aspecto este que está llamado a consolidarse en el futuro.

Dada la configuración de las normas corporativas vinculantes como fuente de obligaciones para los responsables y encargados del tratamiento, se analiza su carácter vinculante en cuanto declaración unilateral de voluntad (A. Ortega Giménez, 2019: 401; J. L. Piñar Mañas, 2016: 446-448). En este sentido, las posibles dudas que pudieran suscitarse, teniendo en cuenta el sistema configurado por el Código Civil (12), han de considerarse eliminadas en la actualidad, por cuanto que las normas corporativas vinculantes encuentran regulación específica en una norma jurídica de aplicación directa en los Estados miembros, como es el Reglamento general de protección de datos; ello pone de manifiesto, una vez más, el alcance que presenta la normativa actual en materia de protección de datos personales en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, teniendo en cuenta la controversia que estas normas corporativas vinculantes pueden suponer en los sistemas jurídicos continentales, la nueva normativa sobre la materia establece una regulación pormenorizada con la finalidad principal de proteger el carácter vinculante y garantista de los BCR. En esta línea, el artículo 47.1 RGPD parte de los requisitos que habrán de reunir estas normas corporativas vinculantes; así, dispone, la autoridad de control competente deberá aprobar estas normas de acuerdo con el mecanismo de coherencia regulado en el artículo 63 RGPD, siempre que las mismas:

- 1) Sean jurídicamente vinculantes y cumplidas por parte de todos los que integran el grupo empresarial o la unión de empresas que se dedican a una actividad económica conjunta, incluyendo también a sus empleados.
- 2) Confieran a los interesados, de modo expreso, derechos exigibles en relación con el tratamiento que se realice de sus datos personales.
- 3) Satisfagan las exigencias comprendidas en el artículo 47.2 RGPD.

Este apartado segundo del artículo 47 RGPD establece el contenido mínimo que habrán de incluir los *Binding Corporate Rules*. Es este un apartado extenso que viene a integrar aquello que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 venía reivindicando desde el año 2003. Como en otros casos, se advierte la intención del legislador comunitario de poner de manifiesto que las normas corporativas vinculantes son, en esencia, herramientas que permiten proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales en un contexto complejo, como

(12) Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

es el propio en el que estas han de ser aplicadas, con multitud de transferencias de datos personales a terceros países y/u organizaciones internacionales de naturaleza muy heterogénea y de distintos territorios (C. Álvarez Rigaudias, 2018: 571). Así las cosas, el artículo 47.2 RGPD incluye el contenido mínimo que habrá de ser especificado en las normas corporativas vinculantes que resulten afectadas:

a) La descripción de la estructura presentada por el grupo empresarial o unión de empresas que se dediquen a una actividad económica conjunta, así como los datos de contacto de cada uno de sus integrantes.

b) Las transferencias o conjuntos de transferencias de datos, incluidas las categorías de datos personales, el tipo de tratamientos y sus finalidades, el tipo de interesados que resulten afectados por dicho tratamiento y el nombre del tercer país o de los terceros países de que se trate.

c) El carácter jurídicamente vinculante de las normas corporativas vinculantes, tanto a nivel interno como externo.

d) El cumplimiento de los principios rectores del tratamiento de los datos personales, tales como el principio de limitación de la finalidad, el de minimización de datos, el de limitación de los plazos de conservación, el de calidad de los datos, el de protección de datos desde el diseño y por defecto, la base jurídica del tratamiento, el tratamiento de categorías especiales de datos personales, las medidas encaminadas a garantizar la seguridad de los datos personales y las exigencias en relación con la realización de transferencias internacionales de datos realizadas con posterioridad a organismos no vinculados por los BCR.

e) Los derechos que corresponden a los interesados en relación con el tratamiento realizado por responsables o encargados del tratamiento y los medios de que disponen para poder ejercerlos, en especial el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, de acuerdo con lo establecido por el artículo 22 RGPD, el derecho a presentar una reclamación ante la autoridad de control competente y ante los Tribunales competentes de los Estados miembros de acuerdo con el artículo 79 RGPD y el derecho a obtener una reparación y, cuando proceda, una indemnización derivada de una violación de las normas corporativas vinculantes.

f) La aceptación, por parte del responsable o del encargado del tratamiento establecidos en el territorio de un Estado miembro, de la responsabilidad en el caso de cualquier violación de las normas corporativas vinculantes por parte de cualquier miembro de que se trate no establecido en la Unión Europea. En este caso, el responsable o el encargado del tratamiento únicamente se verán exonerados de dicha responsabilidad, de un modo total o parcial, si

demuestran que el acto que motivó los daños y perjuicios no resulta imputable a ese miembro.

g) El modo en que se proporciona a los interesados una adecuada información en relación con las normas corporativas vinculantes, en especial en lo relativo a las disposiciones contempladas en las letras d), e) y f) del presente artículo 47.2 RGPD, amén de los preceptos 13 y 14 de la misma norma.

h) Las funciones a desempeñar por el delegado de protección de datos que sea nombrado de acuerdo con el artículo 37 RGPD (y, en nuestro país, además, de conformidad con el artículo 34 LOPDGDD) o de cualquier otra persona o entidad encargada de la supervisión del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, así como de la supervisión de la formación y de la tramitación de las reclamaciones.

i) Los procedimientos elaborados para el ejercicio de reclamaciones.

j) Los mecanismos establecidos dentro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta para garantizar la verificación del cumplimiento de las normas corporativas vinculantes. Dichos mecanismos deberán incluir la realización de auditorías de protección de datos y métodos para garantizar acciones correctivas con el fin de proteger los derechos de los interesados. Los resultados de esta verificación habrían de ser comunicados a la persona o entidad a que se refiere la letra h) anterior y al Consejo de Administración de la empresa que controla un grupo empresarial, o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, y ponerse a disposición de la autoridad de control competente que lo solicite.

k) Los mecanismos establecidos para poder realizar la comunicación y registro de las modificaciones introducidas en las normas, así como para la notificación de cada una de esas modificaciones a la autoridad de control.

l) El mecanismo de cooperación con la autoridad de control, con el fin de garantizar el cumplimiento por parte de cualquier miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, en especial poniendo a disposición de la autoridad de control los resultados de las verificaciones de las medidas contempladas en la letra j) anteriormente descrita.

m) Los mecanismos para poder informar a la autoridad de control competente de cualquier requisito jurídico de aplicación en un tercer país o a un miembro del grupo empresarial o de la unión de empresas, que, con probabilidad, tengan un efecto adverso en relación con las garantías que se hayan establecido en las normas corporativas vinculantes.

n) La formación en materia de protección de datos personales necesaria para el personal que tenga acceso permanente o habitual a los datos personales.

3. Transferencias específicas y excepcionales

Por último, el artículo 49 RGPD regula aquellas excepciones que, plasmadas en situaciones específicas, permiten la realización de transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales (13). Estas excepciones han sido objeto de interpretación por parte del Grupo de Trabajo del Artículo 29 en dos documentos relevantes: en primer lugar, el documento de trabajo sobre «Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la directiva sobre protección de datos en la UE» (WP 12), objeto de adopción con fecha de 24 de julio de 1998; en segundo lugar, el «Documento de trabajo relativo a una interpretación común del artículo 26, apartado uno, de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995» (WP 114), adoptado el 25 de noviembre de 2005.

Estas excepciones hacen posible la realización de transferencias internacionales de datos personales sin la necesidad de obtener autorización alguna por parte de la autoridad de control (P. García y E. Ustarán, 2019: 471). No obstante, el responsable o el encargado del tratamiento habrán de configurar determinadas soluciones que hagan posible a los interesados el ejercicio de derechos exigibles y efectivos en relación con el tratamiento de sus datos personales dentro del territorio comunitario y una vez tenga lugar la transferencia, de tal modo que, como bien establece el considerando 114 RGPD, puedan seguir contando en todo momento con derechos fundamentales y garantías efectivas.

En este sentido, y atendiendo al artículo 49.1.1º RGPD, podemos subrayar las siguientes modificaciones que, en este contexto, se han producido respecto de la normativa inmediatamente precedente:

a) Por lo que respecta al consentimiento del interesado, se exige que este sea específico y no sólo inequívoco. También que el interesado sea debidamente informado de todos aquellos riesgos que, con probabilidad, puedan afectarle en el caso de realización de estas transferencias internacionales de sus datos personales en ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, establecidas en los artículos 45 y 46 RGPD, respectivamente [letra a) del artículo 49.1 RGPD].

b) En aquellos casos en que la realización de la transferencia internacional de datos personales venga impuesta por razones importantes de interés público, este interés habrá de ser reconocido por la normativa comunitaria o por el Derecho interno de los Estados miembros que resulte de aplicación al responsable del tratamiento (artículo 49.4 RGPD).

(13) Para un mayor entendimiento de esta última vía contemplada por el RGPD, *vid.* Directrices 2/2018 del CEPD sobre las excepciones a lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento (UE) 2016/679.

c) A la excepción consistente en la existencia de un interés vital del interesado, se incluye aquella otra excepción basada en la existencia de un interés vital en relación con otras personas, si bien se establece la necesidad de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para prestar su consentimiento (J. F. Rodríguez Ayuso, 2020: 59-60) [letra f) del artículo 49.1 RGPD].

d) En el caso de que la realización de la transferencia internacional se produzca desde un registro público, se especifica, en la actualidad, que dicha transferencia no comprenderá todos los datos personales ni categorías enteras de datos personales contenidos en dicho registro. Además, si la finalidad del registro consiste en la consulta por parte de personas que tengan un interés legítimo, la transferencia internacional sólo podrá efectuarse con la solicitud de estas personas o si las mismas hubieran de ser las destinatarias (artículo 49.2 RGPD).

e) El responsable o el encargado del tratamiento deberán documentar en los registros de actividades de tratamiento del artículo 30 RGPD la evaluación y las garantías adecuadas a que alude, como veremos a continuación, el artículo 49.1.2º RGPD (artículo 49.6 RGPD).

En principio, el conjunto de excepciones contempladas en el artículo 49 RGPD es cerrado o *numerus clausus*, de modo que no será posible la aplicación de cualquier otra excepción adicional mediante aplicación analógica. Ahora bien, sucede que algunas de estas excepciones son, en exceso, amplias, y que el artículo 49.1, *in fine*, RGPD permite la realización de transferencias internacionales cuando no resulte de aplicación ninguna de las excepciones contenidas en dicho apartado, bajo la condición de que estas transferencias se realicen dentro de los límites y bajo las condiciones que el artículo 49.1.2º RGPD contempla:

a) Que no sean repetitivas.

b) Que afecten únicamente a un número reducido de interesados.

c) Que sean imprescindibles a los fines de intereses legítimos imperiosos perseguidos por el responsable del tratamiento sobre los que no prevalezcan los intereses, derechos y libertades del interesado.

d) Que el responsable del tratamiento haya realizado una evaluación previa de todas las circunstancias que concurran en esta transferencia internacional de datos y, con base en este análisis, ofrezca garantías adecuadas con respecto a la protección de los datos personales de los interesados.

Por lo demás, el responsable del tratamiento deberá informar a la autoridad de control de la transferencia internacional, así como al interesado (a este último no sólo de la transferencia, sino también de los intereses legítimos imperiosos perseguidos).

Para concluir, pese a que el artículo 49 RGPD alude, en general, a las excepciones que legitimarían la realización de transferencias internacionales de datos personales aun cuando no contaran con una decisión de adecuación o, en su defecto, con la existencia de garantías adecuadas, su apartado quinto comprende una situación que resulta ser la contraria: cuando no exista una decisión en virtud de la cual se constate la adecuación de la protección de los datos personales, el Derecho comunitario o el Derecho interno de los Estados miembros podrá, basándose en la existencia de razones importantes de interés público, establecer, de modo expreso, limitaciones a la realización de transferencias internacionales de categorías especiales de datos personales a un tercer país u organización internacional. Además, en estos casos, los Estados miembros deberán notificar a la Comisión estas disposiciones.

Al hilo de cuanto se ha expuesto, y por lo que respecta a la situación existente dentro del ordenamiento jurídico español, el artículo 43 LOPDGDD regula los supuestos sometidos a información previa a la autoridad de protección de datos competente. En este caso, dispone el precepto, los responsables del tratamiento deberán informar a la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, a las autoridades autonómicas de protección de datos de cualquier transferencia internacional de datos que pretendan llevar a cabo sobre la base de su necesidad para fines relacionados con intereses legítimos imperiosos por ellos perseguidos y la concurrencia del resto de los requisitos previstos en el artículo 49.1.2º RGPD; asimismo, deberán informar a los afectados, tanto de la transferencia como de los intereses legítimos imperiosos perseguidos. Esta información deberá facilitarse con carácter previo a la realización de la transferencia.

III. TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS A ESTADOS UNIDOS TRAS LA ANULACIÓN DEL ESCUDO DE PRIVACIDAD: INTERROGANTES Y ALTERNATIVAS

Con fecha de 16 de julio del presente año, el TJUE ha publicado una Sentencia (14) por la cual invalida la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión de 12 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (15).

Merced a esta Decisión, se habilitaba la realización de transferencias internacionales procedentes de cualquier Estado miembro del EEE a Estados

(14) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020. Asunto C-311/18, Data Protection Commissioner contra Facebook Ireland Ltd y Maximilian Schrems.

(15) DOUE L 207/1, de 1 de agosto de 2016.

Unidos, siempre que la entidad receptora (importadora de los datos personales) estuviera adherida a un sistema de control denominado «Escudo de privacidad» (también conocido, en inglés, como *Privacy Shield*), considerando esta adhesión suficiente como para establecer la presunción de que garantizaba un nivel de protección adecuado y acorde al exigido en el territorio de la Unión Europea. Dotado de más amplias garantías en relación con la información personal de los individuos en el ámbito de las relaciones transatlánticas que el sistema precedente (J. F. López Aguilar, 2017: 563), se subsanaba el problema, originado años atrás, cuando el TJUE, al igual que sucede ahora, anuló el esquema de transferencias internacionales hasta entonces vigente, conocido como «Puerto Seguro» (16) (o, lo que es lo mismo, *Safe Harbor*), una vez interpuesta la reclamación del ciudadano austríaco Maximillian Schrems frente a Facebook, sobre la base de que los datos transferidos desde la Unión Europea a Norteamérica carecían de la seguridad necesaria por ser accesibles al gobierno y a las agencias de seguridad de este país sin respetar las garantías y los derechos fundamentales reconocidos por la normativa comunitaria a sus ciudadanos, como es, en esencia, el derecho a la privacidad y a la protección de sus datos personales (F. J. Biurrun Abad, 2017: 36-38; A. Ortega Giménez, 2016: 85-90); de hecho, la motivación de esta última anulación reside en una nueva reclamación del Sr. Schrems (de ahí el nombre

(16) En concreto, en su sentencia de fecha 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650), el TJUE invalidó la Decisión 2000/520/CE, en la que la Comisión había declarado que ese país tercero garantizaba un nivel adecuado de protección.

A raíz de esta sentencia, y como bien indica la Sentencia de 16 de julio de 2000 (p. 19), la Comisión adoptó la Decisión, «[...] tras haber procedido, a efectos de su adopción, a una evaluación de la normativa de los Estados Unidos, como se precisa en el considerando 65 de la antedicha Decisión:

“La Comisión ha evaluado las limitaciones y salvaguardias existentes en el Derecho de los Estados Unidos con respecto al acceso a los datos personales transferidos en el marco del Escudo de la privacidad UE-EE.UU. y la utilización de los mismos por los poderes públicos estadounidenses a efectos de seguridad nacional, aplicación de la ley y otros fines de interés público. Asimismo, el Gobierno estadounidense, a través de su Oficina del Director de Inteligencia Nacional (ODNI, por sus siglas en inglés) [...], ha proporcionado a la Comisión una serie de declaraciones y compromisos detallados que se exponen en el anexo VI de la presente Decisión. Mediante carta firmada por el secretario de Estado y adjunta como anexo III a la presente Decisión, el Gobierno de los Estados Unidos se ha comprometido asimismo a crear un nuevo mecanismo de supervisión de las injerencias con fines de seguridad nacional, a saber, el Defensor del Pueblo en el ámbito del Escudo de la privacidad, que será independiente de los servicios de inteligencia. Por último, la declaración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos contenida en el anexo VII de la presente Decisión describe las limitaciones y salvaguardias aplicables al acceso a los datos y a su utilización por parte de los poderes públicos a efectos de aplicación de la ley y otros fines de interés público. Con vistas a mejorar la transparencia y reflejar la naturaleza jurídica de estos compromisos, cada uno de los documentos enumerados y adjuntos a la presente Decisión se publicará en el Registro Federal de los Estados Unidos”».

de esta sentencia, conocida como «Schrems II»), argumentando que tampoco con la nueva fórmula emanada del Escudo de privacidad se respetaban sus derechos fundamentales, lo que provocó que Irlanda volviera a plantear una cuestión prejudicial al TJUE y que desembocó en el resultado ya conocido.

Al igual que sucedió entonces, la nueva situación propiciada por la anulación del Escudo de privacidad (aun cuando, en mi opinión, se verá resuelta en un plazo relativamente corto de tiempo por un instrumento similar, pero algo más acorde a las exigencias actuales de la normativa europea en materia de protección de datos) obliga a la búsqueda de alternativas que permitan la realización de transferencias internacionales a Estados Unidos de forma acorde con las salvaguardas impuestas por el Reglamento general de protección de datos. A priori, la solución más factible reside en el empleo de las ya conocidas cláusulas contractuales tipo (CCT) elaboradas por la Comisión Europea; más concretamente, de aquellas recogidas en la Decisión de la Comisión 2010/87/UE de 5 de febrero de 2010 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (17), cuya validez ha sido ratificada, eso sí, por la reciente STJUE. Todo ello sin obviar la posibilidad de acudir, dentro también de la segunda vía habilitada por el RGPD, a la utilización de normas corporativas vinculantes cuando el exportador y el importador de los datos objeto de protección formen parte de lo que se conoce como «grupo empresarial o unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta».

Empero, cualquiera de los escenarios presentes plantea una serie de dificultades en nada desdeñables. En efecto, la sencillez y fluidez en que consiste la habilitación legal prevista en el artículo 45 RGPD, una vez superados los análisis previos y procedentes por parte de la Comisión para efectuar la declaración de adecuación o la presunción *iusuris tantum* en que se traducía la incorporación de una entidad en el listado del *Privacy Shield*, en nada es comparable con la ardua tarea de elaborar, adaptar y revisar de forma periódica tales cláusulas contractuales tipo en relación con cada uno de los importadores que hayan de recibir tales datos. Y todo ello por no mencionar el desplazamiento de la responsabilidad que se produce con la irrupción, en este nuevo contexto, del artículo 46 RGPD hacia el responsable del tratamiento o exportador de los datos, quien deberá (adicionado, además, con el reforzamiento del prisma de la *accountability* al amparo de la nueva regulación en materia de privacidad) establecer las garantías adecuadas para que las transferencias no supongan menoscabo alguno de los derechos que corresponden al interesado en cuanto

(17) DOUE L 39/5, de 12 de febrero de 2010.

titular de los datos personales tratados, como bien señala el TJUE y reitera el CEPD, estableciendo que es necesario (18):

«[...] incluir mecanismos eficaces que permitan garantizar en la práctica que el nivel de protección exigido por el Derecho de la Unión sea respetado y que las transferencias de datos personales basadas en estas cláusulas sean suspendidas o prohibidas en caso de que se incumplan dichas cláusulas o de que resulte imposible cumplirlas»,

de forma que,

«[l]a posibilidad de transferir datos personales [...] dependerá del resultado de su evaluación, teniendo en cuenta las circunstancias de las transferencias y las medidas complementarias que haya podido aplicar. Las medidas complementarias, junto con las CCT, tras un análisis caso por caso de las circunstancias de la transferencia, tendrían que garantizar que la legislación estadounidense no afecte al nivel de protección adecuado que garantizan».

Si, tras esta labor, llega a la conclusión de que, considerando las circunstancias propias y singulares de la transferencia y las posibles medidas complementarias, no se aplicarían las garantías adecuadas, el exportador de los datos deberá proceder a la suspensión o finalización de la transferencia de datos personales. Ahora bien, si, pese a este resultado, desea seguir transfiriendo datos, deberá notificarlo a la autoridad de control (J. F. Rodríguez Ayuso, 2020) que resulte competente al respecto (19).

(18) Preguntas frecuentes sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-311/18 — Comisaria de Protección de Datos vs Facebook Irlanda y Maximillian Schrems. Adoptada el 23 de julio de 2020 (pp. 1 y 3).

(19) Al respecto, y en relación con las cláusulas contractuales tipo, *vid.*, en primer lugar, el considerando 145 STUE de 16 de julio; en segundo lugar, la cláusula 4, letra g), de la Decisión 2010/87/UE de la Comisión; en tercer lugar, la cláusula 5, letra a), de la Decisión 2001/497/CE de la Comisión de 15 de junio de 2001 relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE (DOCE L 181/19, de 4 de julio de 2001), y, en cuarto y último lugar, la letra c) del Anexo II de la Decisión 2004/915/CE de la Comisión de 27 de diciembre de 2004 o la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países (DOUE L 385/74, de 29 de diciembre de 2004).

Por su parte, y relacionados con las normas corporativas vinculantes, *vid.*, en primer lugar, el considerando 145 STUE de 16 de julio; en segundo lugar, la cláusula 4, letra g), de la Decisión 2010/87/UE; en tercer lugar, la sección 6.3 del WP256, rev. 01 (Grupo de Trabajo del artículo 29, documento de trabajo que establece un cuadro con los elementos y principios que se recogen en las NCV, refrendado por el CEPD, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614109), y, en cuarto y último lugar, la sección 6.3 del WP257, rev.01 (Grupo de trabajo del artículo 29, documento de trabajo que establece un cuadro con los elementos y principios que se recogen en las NCV, refrendado por el CEPD, http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=614110).

Una tercera posibilidad de las previstas legalmente, bien es cierto que subsidiaria respecto de las dos *supra* indicadas, vendrá proporcionada por el artículo 49 RGPD, si bien, como ya se indicó en párrafos anteriores, deberán cumplir una serie de exigencias ciertamente singulares, de entre las cuales el CEPD destaca, por su relevancia y en términos literales, las que se siguen (20):

«[...] cuando las transferencias se basen en el consentimiento del titular de los datos, deberán ser:

- explícitas;
- específicas para la transferencia o conjunto de transferencias de datos concreta (lo que significa que el exportador de los datos debe asegurarse de obtener una autorización específica antes de que se ponga en marcha la transferencia, incluso si esto ocurre después de efectuarse la recogida de los datos); e
- informadas, en particular sobre los posibles riesgos de la transferencia (es decir, que el titular de los datos también debería informar de los riesgos específicos derivados del hecho de que sus datos serán transferidos a un país que no ofrece una protección adecuada y que no se aplican garantías adecuadas destinadas a garantizar la protección de los datos).

Con respecto a las transferencias necesarias para la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento, debe tenerse en cuenta que los datos personales solo podrán transferirse cuando la transferencia sea ocasional. Deberá establecerse caso por caso si las transferencias de datos se determinarían como "ocasionales" o "no ocasionales". En cualquier caso, esta excepción solo podrá invocarse cuando la transferencia sea objetivamente necesaria para la ejecución del contrato.

En relación con las transferencias necesarias por razones importantes de interés público (que deben reconocerse en la legislación de la UE o de los Estados miembros y que son especialmente aptas en el ámbito propio del sector público objeto de análisis), el CEPD recuerda que el requisito sustancial para la aplicabilidad de esta excepción es la constatación de un interés público importante y no la naturaleza de la organización, y que, aunque esta excepción no se limita a las transferencias de datos que son "ocasionales", esto no significa que las transferencias de datos sobre la base de la excepción por razones importantes de interés público puedan tener lugar a gran escala y de manera sistemática. Por el contrario, debe respetarse el principio general según el cual las excepciones establecidas en el artículo 49 del RGPD no deben convertirse en "norma" en la práctica, sino que deben limitarse a situaciones específicas y cada exportador de datos debe garantizar que la transferencia cumpla la prueba de necesidad estricta».

Por último, tampoco se podrá descartar, hasta tanto se proceda (algo que parece probable por el impacto que su ausencia podría conllevar para el

(20) Preguntas frecuentes sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-311/18 — Comisaria de Protección de Datos vs. Facebook Irlanda y Maximilian Schrems. Adoptada el 23 de julio de 2020 (p. 4).

sistema económico internacional) a un nuevo acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, la suspensión o anulación de los acuerdos actualmente vigentes de prestación de servicios con importadores situados en territorio Norteamericano y su sustitución por otros, igualmente fiables y eficaces, que estén ubicados en el EEE o en países que ofrezcan un nivel de protección adecuado (21).

(21) Hasta la fecha, los países y territorios que están declarados como adecuados son los siguientes: a) Suiza, merced a la Decisión 2000/518/CE de la Comisión de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza (DOCE L 215/1, de 25 de agosto de 2000); b) Canadá, merced a la Decisión 2002/2/CE de la Comisión de 20 de diciembre de 2001 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección de los datos personales conferida por la ley canadiense *Personal Information and Electronic Documents Act* (DOCE L 2/13, de 4 de enero de 2002), respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos; c) Argentina, merced a la Decisión 2003/490/CE de la Comisión de 30 de junio de 2003 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina (DOUE L 168/19, de 5 de julio de 2003); d) Guernsey, merced a la Decisión 2003/821/CE de la Comisión de 21 de noviembre de 2003 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en Guernsey (DOUE L 308/27, de 25 de noviembre de 2003); e) Isla de Man, merced a la Decisión 2004/411/CE de la Comisión de 28 de abril de 2004 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en la Isla de Man (DOUE L 151/52, de 30 de abril de 2004); f) Jersey, merced a la Decisión 2008/393/CE de la Comisión de 8 de mayo 2008 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales en Jersey (DOUE L 138/21, de 28 de mayo de 2008); g) Islas Feroe, merced a la Decisión 2010/146/UE de la Comisión de 5 de marzo de 2010 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada dada en la Ley de las Islas Feroe sobre el tratamiento de datos personales (DOUE L 58/17, de 9 de marzo de 2010); h) Andorra, merced a la Decisión 2010/625/UE de la Comisión de 19 de octubre de 2010 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuada protección de los datos personales en Andorra (DOUE L 277/27, de 21 de octubre de 2010); i) Israel, merced a la Decisión 2011/61/UE de la Comisión de 31 de enero de 2011 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales (DOUE L 27/39, 1 de febrero de 2011); j) Uruguay, merced a la Decisión 2012/484/UE de la Comisión de 21 de agosto de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales (DOUE L 227/11, de 23 de agosto de 2012); k) Nueva Zelanda, merced a la Decisión 2013/65/UE de la Comisión de 19 de diciembre de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda (DOUE L 28/12, de 30 de enero de 2013), y l) Japón, merced a la Decisión de 23 de enero de 2019.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2004): «La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 7, 397-417.
- ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia (2012): «Condiciones para las transferencias internacionales de datos personales en servicios de cloud», en Martínez Martínez, Ricard (Dir.), *Derecho y cloud computing*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 109-147.
- (2018): «Transferencias de Datos Personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50)», en López Calvo, José; Américo Alonso, José (Dir.), *El nuevo marco regulatorio derivado del Reglamento Europeo de Protección de Datos: adaptado al Proyecto de Ley orgánica de Protección de Datos de 10 de noviembre de 2017*, Barcelona, Bosch, pp. 563-590.
- BERMEJO BOSCH, Reyes (2012): «Régimen general de las transferencias internacionales de datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 29, 83-108.
- BIURRUN ABAD, Fernando (2017): «Primera evaluación a la vista del 'Privacy Shield'», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 932, p. 28.
- CERVERA NAVAS, Leonardo (2019): «El Comité Europeo de Protección de Datos», en Rallo Lombarte, Artemi (Coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 655-670.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2019): «La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act», *Revista española de Derecho europeo*, 70, pp. 49-107.
- EDUARDO USTARAN, Paula García (2019): «Transferencias internacionales de datos», en Rallo Lombarte, Artemi (Coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 459-490.
- European Data Protection Board (2020): Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, de 10 de noviembre de 2020.
- GÓMEZ SANTOS, MARÍA (2017): «Del puerto seguro al 'privacy shield': las transferencias de datos de carácter personal entre la Unión Europea y los Estados Unidos a examen», en Ávila de la Torre, Alfredo (Dir.), *Reflexiones sobre Derecho privado patrimonial*, Salamanca, Ed. Ratio Legis, pp. 243-260.

- GUASH PORTAS, Vicente (2017): «La computación en nube y las transferencias internacionales de datos en el nuevo reglamento de la UE», *Revista de derecho UNED*, 20, pp. 333-350.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando (2017): «La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del Derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EE. UU.», *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, UNED, pp. 557-581.
- LÓPEZ CALVO, José (2019): «Transferencia de Datos Personales a terceros países y organizaciones internacionales (Arts. 44-50 RGPD. Arts. 40-43 y Disposición adicional quinta y decimotercera LOPDGDD)», en López Calvo, José (Coord.), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 569-600.
- LÓPEZ-LAPUENTE GUTIÉRREZ, Leticia (2017): «La transferencia de datos a EE. UU.: la transición del Safe Harbor al Privacy Shield y un paso más allá», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 45, pp. 36-38.
- LORENZO CABRERA, Sara (2018): «Transferencias internacionales de datos personales», en Murga Fernández, Juan Pablo; Fernández Scagliusi, María de los Ángeles; Espejo Lerdo de Tejada, Manuel (Dirs.), *Protección de datos, responsabilidad activa técnicas de garantía*, Madrid, Reus, pp. 195-228.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (2019): «El impacto del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y de la LOPDGDD en el régimen jurídico de las transferencias internacionales de datos de carácter personal», en García Mahamut, Rosario y Tomás Mallén, Beatriz (Dirs.), *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 393-418.
- (2016): «Transferencia internacional de datos personales: del Safe Harbor al Privacy Shield», *Revista Lex Mercatoria*, 4, pp. 85-90.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2016): «Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales», en Piñar Mañas, José Luis (Dir.), *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, pp. 427-460.
- RECIO GAYO, Miguel (2019): «Nivel adecuado para transferencias internacionales de datos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 83, pp. 207-240.
- SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén (2018): «La transferencia de datos personales a terceros países y organizaciones internacionales según la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016», en Gutiérrez Zarza, María de los Ángeles (Coord.), *Los avances*

del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE en 2017: II Anuario ReDPE, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 156-175.

RECUERO LINARES, Mikel (2019): «Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación», en *Revista de Derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada* = *Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*, Extra 1, pp. 413-433.

RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco (2020): *Control externo de los obligados por el tratamiento de datos personales*, Barcelona, Bosch.

— (2020): *Privacidad y Coronavirus*, Madrid, Dykinson.

USTARAN, E. y GARCÍA, P. (2019): «Transferencias internacionales de datos», en Rallo Lombarte, A. (Coord.), *Tratado de protección de datos: actualizado con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 459-490.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ANTE EL DESAFÍO DE LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA (*)

GABRIELE VESTRI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS ALGORITMOS COMO PUNTO DE PARTIDA: 1. Una aproximación a la tipología de algoritmos.– 2. La actuación algorítmica automatizada.– III. TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA: 1. Cuestiones jurídicas preliminares: A) La transparencia ex ante: licitación para la prestación del servicio de IA.– B) La transparencia ex post: exigibilidad de la inteligibilidad del algoritmo.– C) El tratamiento de los datos como elemento de la transparencia.– 2. La ética algorítmica.– 3. Auditoría algorítmica.– IV. CONCLUSIONES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En la actualidad, la Administración pública está en proceso de transformación digital. En este escenario, la inteligencia artificial se delinea como la herramienta que podría cambiar el modelo de la actividad administrativa. Un cambio que precisamente debido a la introducción de soluciones tecnológicas (re)plantea la figura del empleado público. Asumimos que el estado actual de la inteligencia artificial parece no estar madura para afrontar una suplantación auténtica del funcionario público, sin embargo, es evidente que los algoritmos actuales pueden colaborar con la actividad humana. Debido a la posible penetración de sistemas algorítmicos cada vez más avanzados, es necesario analizar la transparencia algorítmica que debe sin duda considerar la ética y la auditoría algorítmica como parámetros de buen gobierno.

Palabras clave: Inteligencia Artificial; algoritmos; transparencia algorítmica; ética algorítmica; auditoría algorítmica.

Abstract: The public administration is currently undergoing a digital transformation. In this scenario, artificial intelligence is outlined as a tool that could change the paradigm of administrative activity. A change which, precisely due to the introduction of technological solutions, (re)poses the figure of the public employee. We assume that the current state of artificial intelligence does not appear to be mature to make a real impersonation of the public servant, but it is clear that current algorithms can collaborate with human

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de diciembre de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de enero de 2021.

activity. Due to the possible penetration of increasingly advanced algorithmics systems, it is necessary to analyze the algorithmic transparency that must certainly consider ethics and algorithmic auditing as parameters of good governance.

Key words: Artificial Intelligence; algorithms; algorithmic transparency; algorithmic ethics; algorithmic auditing.

I. INTRODUCCIÓN

Las disciplinas jurídicas y el derecho administrativo en particular se encuentran en la actualidad frente a un nuevo reto digital. Si el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público indica, en esencia, la actuación administrativa automatizada, ahora, dentro de un concepto más general de transformación digital, el desafío parece consistir en la posible intervención de la Inteligencia Artificial (en adelante IA), en las distintas actividades de las Administraciones Públicas y de las entidades dependientes de ella. De hecho, Misuraca y Van Noordt señalan que «existe un interés cada vez mayor de los gobiernos europeos para apoyar el rediseño de los procesos internos y los mecanismos de formulación de políticas, así como para mejorar la prestación de servicios públicos y el compromiso con los ciudadanos» (1). La realidad pronostica un panorama en el que «los Gobiernos de todo el mundo están tomando conciencia del poder transformador de la IA para sus economías, servicios públicos y mercados laborales y, en consecuencia, están reconociendo cada vez más la necesidad de contar con estrategias nacionales integrales de IA» (2).

De esta manera, queda patente que los continuos avances tecnológicos producen una cultura digital disruptiva y desde luego, la IA sustancia este posible cambio de sistema. En este sentido, es oportuno conocer el significado que la actual doctrina jurídica, pero no solo, asigna a conceptos entre si complementarios, como IA, algoritmos y transparencia algorítmica. Se trata de una tarea complicada puesto que las peculiaridades que introducen los elementos descriptivos nos proporcionan un vocabulario considerablemente complejo. Igualmente, parece necesario abordar, aunque sea brevemente, los conceptos que acompañan este trabajo.

Bien, sin querer hurgar en el análisis de los orígenes de la definición de IA, se reconoce la definición de John McCarthy que en 1956 indicó que la IA es «la ciencia del ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente progra-

(1) G. MISURACA, C. VAN NOORDT (2020: 80).

(2) SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES (2019:12).

mas de cómputo inteligentes» (3). Es de justicia mencionar las configuraciones más recientes que proporciona la doctrina. Desde una perspectiva jurídica, Agustí Cerrillo I Martínez define la IA como «la capacidad de las computadoras de realizar tareas típicamente humanas» (4). Lorenzo Cotino Hueso introduce en el panorama de la IA el concepto de algoritmo y señala que tenemos que entenderlo como «una secuencia para que un ordenador transforme un input en output» (5). Sin embargo, la literatura más afín a las ciencias computacionales ofrece una perspectiva más compleja. Es el caso de Alexander Zlotnik que señala la importante distinción que debemos salvaguardar entre IA General, con capacidades similares a las de un ser humano e IA Especializada con capacidad para resolver únicamente problemas concretos. El mismo autor indica que «Ningún sistema de IA actual puede considerarse una Inteligencia Artificial General (IAG) y, seguramente, todavía faltan varias décadas para que sea una realidad» (6). En este sentido parece ocurrir un verdadero redimensionamiento del alcance de la IA. En definitiva, aunando las distintas definiciones, podemos admitir que la IA consiste en un sistema tecnológico que está preparado para resolver problemas puntuales y determinados.

Naturalmente, nos interesa analizar el instrumento fundamental del sistema, es decir el algoritmo. Un instrumento que debe ser tratado con cautela para circunscribir lo que López Oneto define como la «*algoritmización del mundo*» (7). En materia de algoritmo y a sabiendas de que también en esta cuestión existen distintas tipologías, los autores Benítez, Escudero, Kanaan y Masip Rodó, identifican a los algoritmos como un «procedimiento para encontrar la solución a un problema mediante la reducción de este a un conjunto de reglas» (8). Más reciente y con miras al significado inglés de la palabra *algorithm*, es la definición que ofrece Huergo Lora en la que señala que algoritmo «hace referencia a cualquier procedimiento formalizado en una serie de pasos para solucionar un problema o conseguir un resultado» (9).

Así, se construye una complementariedad entre la IA y los algoritmos que, yuxtapuestos representan el instrumento tecnológico mediante el cual un sistema informatizado y normalizado resuelve problemas específicos. Precisamente en este sentido, hoy día contamos con sistemas de IA que abarcan distintos sectores. Pensemos, por ejemplo, en la IA en el sector sanitario y más especí-

(3) El Profesor John McCarthy acuñó esta definición durante una exposición en la Conferencia de Dartmouth de 1956.

(4) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2020: 76).

(5) L. COTINO HUESO (2019: 2-3).

(6) Véase: A. ZLOTNIK (2019:25).

(7) M. LÓPEZ ONETO (2020:47).

(8) R. BENÍTEZ, G. ESCUDERO, S. KANAAN, D. MASIP RODÓ (2013:13).

(9) A. HUERGO LORA (2020:27).

ficamente en el contexto de la COVID-19. En España la empresa *1MillionBot* creó un *chatbot* preparado para compartir información sobre el virus (10). Así mismo, la empresa *Quibim*, ha desarrollado un sistema basado en una red neuronal que permite utilizar imágenes médicas para determinar el nivel de gravedad de un paciente infectado por el virus (11). En el ámbito educativo universitario, la IA está cada vez más presente, por lo menos en forma de asistente virtual. La Universidad de Murcia, introdujo el *chatbot* «Lola» el 9 de junio de 2018 —como experiencia piloto—. En la actualidad, otras instituciones universitarias se han sumado a la implantación de estos sistemas. Es el caso, entre otras, de la Universidad de Alcalá (*chatbot* Isidra), la Universidad de las Islas Baleares (*chatbot* Aina), la Universidad Politécnica de Valencia (*chatbot* Pau), la Universidad de Jaén (*chatbot* Ada) o la Universidad Complutense de Madrid (*chatbot* Carol). También distintos Ayuntamientos y Diputaciones han introducido un sistema conversacional digital (entre otros: Ayuntamiento de Alicante, Elche, Córdoba, Murcia o Cartagena. Así como la Diputación Provincial de Alicante y la de Castelló). Los sistemas de IA también abordan el sector de la vigilancia y del control. Es conocido el caso español de «Elisa», una herramienta de vigilancia cibernética o de VeriPol en materia de detección de denuncias falsas en el seno de la Policía Nacional. La IA encuentra interesantes perspectivas de aplicación también en la creación de las *Smart City*. Es el caso, por ejemplo de *Streetchange*, un proyecto que se encarga de medir los cambios físicos en las calles de diferentes ciudades. Gracias a un algoritmo es posible comparar las imágenes que Google Street View tomó en una misma localización en años distintos. Esto permite detectar los cambios de las ciudades y actuar jurídicamente, socialmente y económicamente en ellas. La lista de ejemplos podría aumentar exponencialmente. Nos hemos limitado a introducir algunos ejemplos que demuestran la actual penetración de las herramientas de IA.

Ahora bien, una de las consecuencias que puede acarrear un sistema algorítmico que describe la IA y que es central en el estudio que nos ocupa: la transparencia algorítmica. Elemento éste que en el seno de las Administraciones públicas constituye un verdadero desafío. Aunque el sistema jurídico-administrativo español está perfectamente familiarizado con el tratamiento de los temas más tradicionales relacionados con la transparencia pública, es cierto que ahora se trata de verificar la transparencia de unas operaciones sistemáticas que pueden resultar intangibles. Una transparencia, además, que concentra,

(10) Según la empresa, antes del confinamiento domiciliario del mes de marzo de 2020, más precisamente a partir del 26 de febrero de 2020, el *chatbot* respondió a más de cien mil preguntas sobre el virus. Véase: <https://1millionbot.com/nuestros-chatbots/>. [Consultado el 5 de enero de 2021].

(11) Véase: <https://quibim.com/eu/>. [Consultado el 5 de enero de 2021].

heterogéneamente, cuestiones jurídicas, éticas y sociales. Así, Peguera Poch —recogiendo las palabras de Fjeld *et. al.*— señala que, «la transparencia se entiende en el sentido de que los sistemas de IA se deben diseñar y desplegar de modo que sea posible monitorizar sus operaciones» (12). En otras palabras, un sistema es transparente cuando es conocible y descifrable.

Precisamente la IA, los algoritmos y la transparencia algorítmica representan la estructura portante del presente estudio. Un trabajo que en el sentido de los elementos descritos mantiene, obviamente, la actividad de las Administraciones públicas en el centro de atención y que finalmente tiene el propósito de verificar en qué medida el impacto jurídico-administrativo de la transformación digital puede afectar al sector público.

II. LOS ALGORITMOS COMO PUNTO DE PARTIDA

Como resulta del somero estudio propuesto en la introducción del presente trabajo, el algoritmo determina un sistema que dentro de la IA resuelve un problema. Ahora, a sabiendas del deber de la existencia de distintas técnicas de aprendizaje de los sistemas de IA («*machine learning*», «*deep learning*» o «*decision trees*») y más allá de unas definiciones más o menos ajustadas a la realidad doctrinal en la materia, el derecho administrativo debe pronunciarse acerca del tratamiento que se le puede —o debe— otorgar a la decisión tomada por la Administración pública y que se ha basado precisamente en un algoritmo.

Es necesario así destacar un punto de partida que representa el *quid* del asunto y que parece impulsar la identificación de los algoritmos según los principios que tradicionalmente sustentan el derecho administrativo. En este sentido, Boix Palop declara, con cierta contundencia, que los algoritmos son reglamentos así que habría que reconocerles las garantías propias de las normas reglamentarias (publicidad, participación, transparencia entre otras). El autor, para ser precisos, señala que esta equiparación no aplica a todos los algoritmos sino a aquellos que «son empleados para adoptar decisiones administrativas o que son apoyo esencial de las mismas» (13). Esta posición no es unánime, todo lo contrario. Arroyo Jiménez o Huergo Lora señalan que los algoritmos no pueden considerarse reglamentos. Arroyo Jiménez, respondiendo a la tesis de Boix Palop según la cual se consideran reglamentos aquellos instrumentos cuya función sea la de programar el comportamiento futuro de las Administraciones públicas, afirma: «Baste aquí señalar que si un concreto instrumento cumple esa función institucional pero, o bien lo hace a través de

(12) M. PEGUERA POCH (2020:46).

(13) A. BOIX PALOP (2020: 262).

determinaciones concretas, o bien no se expresa a través de un tipo normativo reconocido por el sistema, entonces no será un reglamento (14). Huergo Lora asienta su tesis sobre dos ejes: el primero, relativo al concepto de algoritmo que según él es demasiado amplio para que podamos identificar una única *regla* de tratamiento. El segundo, critica el uso amplio de las nociones que ofrece el derecho administrativo, como reglamento o acto administrativo a cuestiones que pueden ser poco proclives a esta potencial *ósmosis jurídica*. El autor resume finalmente su idea con una frase: «los algoritmos son algoritmos» (15). Como se puede deducir el argumento no es secundario. Además, las consideraciones deben de ser bidireccionales aunque unitarias desde el análisis de las consecuencias jurídicas. Por un lado se trata de identificar las características jurídico-administrativas bajo las cuales los algoritmos encuentran fundamento y en segundo lugar, habrá que verificar el valor jurídico que se le puede o debe otorgar a una decisión administrativa tomada *bajo el paraguas* del algoritmo —que, en última instancia, podría ser automatizada si se utilizara un sistema construido a tal efecto—.

Naturalmente, esto conlleva la necesidad de destacar, aunque sea brevemente, la tipología de algoritmo que en opinión podría utilizar la Administración pública.

1. Una aproximación a la tipología de algoritmos

En nuestra opinión, el debate tiene un elemento común que, en el plano general, parece ser poco discutible. Los algoritmos no son todos iguales. Lo confirma Boix Palop diciendo que en todo caso se trata de considerar los algoritmos que adoptan la decisiones administrativas o que colaboran con ellas. Así mismo Huergo Lora identifica la necesaria distinción entre un algoritmo no predictivo frente a uno predictivo. Es decir, aunque en ciertas ocasiones solemos reunir bajo la misma palabra distintos procedimientos formalizados que resuelven un problema, la ciencia computacional, sobre todo, nos alerta acerca de las diferencias entre distintas tipologías de algoritmos. Es significativo, en nuestra opinión, destacar que lo interesante es identificar el tipo de dato que determina la naturaleza del conjunto de valores que puede tomar una variable y que en gran medida identifica la tipología del algoritmo. De hecho, es sabido que el algoritmo se compone de expresiones y precisamente estas determinan el alcance de la fórmula. Es decir, una expresión puede ser aritmética, relacional o lógica. En este sentido podemos contar con un algoritmo que ejecuta una acción compleja (aritmético), otro que transmite un resultado

(14) L. ARROYO JIMÉNEZ (2020).

(15) *Op. cit.* pp. 64-67.

comparativo (relacional) y finalmente, otro más que se adapta a la estructura natural y cognitiva del pensamiento (lógico). En definitiva, una categorización que no desconoce la naturaleza no predictiva o predictiva del algoritmo pero que procura enfatizar los elementos de los datos como propósito para determinar el alcance de las fórmulas empleadas. Así, dependiendo de los datos que componen el diagrama de flujo (meramente aritmético, relacional o lógico), la Administración pública, en nuestro caso, dispondrá del correspondiente algoritmo (16).

La inserción de datos instrumentales permitiría considerar el algoritmo, el aritmético, como una mera herramienta material —tecnológica, esto sí— que se sumaría, en definitiva, a otras de las que ya dispone la Administración pública para desarrollar su actividad y que colaboran con el órgano administrativo correspondiente para que éste adopte la resolución administrativa. En este caso, el algoritmo no es una norma de la Administración pública, es un elemento más de la actividad material de la Administración pública. De esta teoría, por añadidura, avisaba por ejemplo Agudo González cuando hablando precisamente de la necesidad de identificar las distintas formas jurídicas de actuación de la Administración, señalaba que es necesario identificar: «[...] cualquier manifestación de la actividad administrativa que no encaje en las clasificaciones convencionales, incluyendo la actuación informal de la Administración en sentido estricto» (17).

En el caso de considerar un algoritmo relacional, en nuestra opinión, destaca una vez más el carácter instrumental de la fórmula. Es decir, aunque los datos que componen el algoritmo ayuden a que el funcionario público tenga una visión más detallada sobre el asunto, es finalmente la intervención humana que toma la resolución administrativa más adecuada. Así que, el algoritmo relacional sube el nivel del algoritmo aritmético y aboga por una actividad comparativa que, sin embargo, sigue siendo instrumental.

Más complejo es el caso del algoritmo lógico cuya finalidad es, en última instancia, operar de forma predictiva frente a la resolución final que podría ser totalmente automatizada. Es decir, se trataría de replicar la cognición humana mediante un algoritmo cuyos datos han sido programados por humanos y que finalmente podrían producir una resolución administrativa —o lo que es parecido, señala Suñé Linás, imitar los sistemas biológicos— (18). En estos términos parece realizarse un verdadero *despojo* de la función humana. En realidad, no es exactamente así. De esto nos da cuenta Carles Ramió. Como en

(16) Sobre datos e inteligencia artificial puede verse: J., BONMATÍ SÁNCHEZ, J.J., GONZALO DOMÉNECH (2020:116-117).

(17) J. AGUDO GONZÁLEZ (2013: 129-130).

(18) Véase E. SUÑÉ LINÁS (2020:99-107).

cualquier cambio de modelo —o si queremos ser más figurativos: en cualquier revolución (digital en este caso), la cuarta se dice— en el empleo público habrá profesiones que desaparecerán, pero a la vez, se crearán nuevos perfiles profesionales que precisamente están y estarán directamente relacionados con la tecnología disruptiva (19). Éste nuevo modelo prevé, en definitiva, una mutación que finalmente transforma al empleado público burócrata en un *funcionario líquido* que sabe adaptarse a un nuevo molde, más tecnológico y propenso a la digitalización de ciertas tareas.

Así, nos asomamos a un replanteamiento de la actividad de la Administración pública que podría dotarse de algoritmos lógicos cuyo fundamento jurídico debería tomar forma a partir de una visión moderna del derecho administrativo aunado a los criterios introducidos en este ámbito por las tecnologías de la información y de la comunicación (20).

2. La actuación algorítmica automatizada

Estrictamente en conexión con lo hasta ahora planteado, parecen relevantes las consideraciones jurídico-administrativas que rodean la actuación y decisión algorítmica automatizada. En definitiva, se trata de analizar lo que Antonio Barone identifica como «la elección pública automatizada en contextos de incertidumbre científica» (21). Así mismo, no debemos confundir el significado de actuación administrativa automatizada con lo que ofrecen los algoritmos de IA que finalmente podrían converger en una decisión administrativa automatizada. En primer caso, el mismo artículo 41.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público nos ofrece una definición de actuación automatizada, aunque, la descripción legal —cuando habla de medios electrónicos— parece hacer referencia más bien a la reforma de la Administración electrónica y no a la actuación administrativa mediante la IA (22). En el segundo caso, lo que importa es el alcance —y las consecuencias— de la decisión que adopta el algoritmo. Así, es necesario distinguir entre lo que puede determinar un algoritmo instrumental y lo que podría acordar un algoritmo predictivo.

(19) Véase C. RAMÍO (2019: 139-155).

(20) En esta materia y para citar un texto muy actual que aborda el tema desde las diferentes perspectivas de las disciplinas jurídicas puede verse: L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (2020).

(21) A. BARONE (2020:66).

(22) «Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». En materia de automatización en el seno de la reforma de la Administración electrónica, Véase, entre otros: I. ALAMILLO DOMINGO (2017:122-124).

En todo caso, el uso de un algoritmo que tome una decisión es muy delicado. Algunos países lo han introducido en el ámbito de la justicia. Es el caso de Estados Unidos. Por ejemplo, en el estado de Wisconsin el ciudadano Eric Loomis fue condenado a seis años de cárcel por el robo de un coche. Para definir el tiempo de la condena, el juez recurrió a un *software* denominado Compas (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*). El sistema determinó que el acusado tenía un alto riesgo de reincidencia. El interesado apeló la sentencia señalando que el veredicto fue determinado por un algoritmo al que no se podía tener acceso, por lo tanto, el veredicto no era justo. La Corte Suprema de Wisconsin finalmente falló en contra del ciudadano (23).

Ahora, desde una perspectiva general, en nuestra opinión, la decisión adoptada por un algoritmo de IA no puede ser considerada una resolución administrativa, por lo menos no según la teoría clásica de los actos administrativos. En todo caso no sería vinculante para el correspondiente órgano administrativo. García de Enterría y Ramón Fernández —entre otros— en materia de actos administrativos, lo explican con abundancia de detalles. Someramente, recuerdan los autores, entre otras cuestiones, que un acto administrativo consiste en «a) una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales, b) la declaración puede ser de voluntad, que será lo normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento [...], c) el acto administrativo es la derivación del ejercicio de la potestad administrativa» (24). En sí mismo, el acto administrativo, entendido como producto de la operación algorítmica, no cumple con los elementos mencionados anteriormente. A eso debemos añadir, y no es poco, que todo parece apuntar a que la actual IA, en la actualidad, no está totalmente preparada para tomar decisiones modificando los estados intelectuales que siguen siendo prioritarios en la actividad humana y que otorgan al interesado el denominado derecho de reserva humana. Así, allí donde existiese una IA basada en un algoritmo lógico que adoptase decisiones finales predictivas, sí podríamos, al menos, debatir acerca del tratamiento jurídico que adoptaría la resolución. Sin embargo, la ciencia computacional —hemos dado cuenta de esto— nos avisa que todavía estamos lejos de la realidad.

Por eso, parece necesario dirigirse hacia otro campo de análisis que no desconoce las aportaciones sistemáticas y potenciales de los algoritmos pero que finalmente se detiene antes de la decisión final que define el procedi-

(23) Sentencia en: <https://wscca.wicourts.gov/caseSearch.xsl> [consultado el 15 de diciembre de 2020].

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RAMÓN FERNÁNDEZ (2017:592-596).

miento. Así, se trata de considerar la decisión del algoritmo en términos de acto administrativo informático no vinculante que entonces resume el *modus operandi* instrumental de la fórmula. De esta manera, el algoritmo utilizado por la Administración pública no produce efectos externos —como al contrario hace el acto administrativo definitorio— convirtiendo la decisión adoptada en un acto administrativo de trámite.

En otras palabras, consideramos que, en todo caso, la decisión algorítmica automatizada no tiene por qué corresponder a la resolución administrativa definitiva, aunque esta última encuentre su fundamento en la asistencia instrumental ofrecida por el algoritmo. En este sentido y como ha sido anunciado, la decisión del algoritmo define las características del acto administrativo de trámite. La conocida STS 5670/2001 de 2 de julio, Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo (ECLI: ES:TS:2001:5670. Ponente Xiol Ríos, Juan Antonio), precisamente identificó que los actos de trámite son aquellos «que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, frente a las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas, que se califican como actos definitivos» (FJ3). Esta definición se ajusta a lo que realmente es el algoritmo instrumental: un sistema de información que, convenientemente programado, acompaña la actividad material de una persona física, produciendo, precisamente, un acto administrativo de trámite (25).

Ahora, por añadidura, también podemos mirar a los algoritmos instrumentales como suplementos tecnológicos —parciales— de la actividad de las unidades administrativas. En este sentido es conocida la definición de unidad administrativa que otorga el artículo 56.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Pueden existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores». De hecho, son precisamente las unidades administrativas que producen los actos de trámites (26). En esta ocasión, el algoritmo instrumental podría ser considerado en los términos descritos por el art. 56.1 de la ley anteriormente citada.

Distinto podría ser el enfoque propuesto por el algoritmo predictivo que podría producir una resolución administrativa definitiva. En este caso, la aportación del órgano administrativo sería totalmente proscripta a favor de la voluntad del algoritmo. En definitiva, el órgano administrativo actuaría, en caso, como mero órgano de control de la actividad del algoritmo —por

(25) En este sentido véase, J. PONCE SOLÉ (2019:12). I. MARTÍN DELGADO (2009:353-386).

(26) Véase E. GAMERO CASADO, S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017:170).

ejemplo, en el caso de impugnación del acto administrativo automatizado y siempre y cuando no existiese un algoritmo que a su vez pudiera ejercer la función de control—.

El problema, en nuestra opinión, es que el acto administrativo, en su vertiente objetiva, representa la consecuencia de la ejecución de la ley por parte de la Administración pública. Esto insta a afirmar que lo verdaderamente importante en la materia que nos ocupa es verificar si el algoritmo predictivo es capaz de ejecutar la ley (o las leyes) consiguiendo, al fin, producir un acto administrativo con semblanza a la que sería la actividad intelectual e interpretativa de los humanos. En este sentido, además, el algoritmo predictivo, debería tener en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados (alteración del orden público, la urgencia, el peligro). En otras palabras, el algoritmo predictivo que adoptara una decisión definitiva sería ejecutor de la potestad administrativa que en realidad queda reconocida al órgano administrativo. En este escenario estaríamos admitiendo una delegación de la potestad administrativa a favor de una *fórmula matemática*. Se entienda, la delegación de la potestad administrativa es una realidad de la organización de la Administración pública. Lo que es menos evidente es el fundamento jurídico-administrativo que permitiría delegar la potestad a una máquina. No sobra recordar que la delegación de la potestad administrativa como base para adoptar actos administrativos se asienta en las competencias que se le reconocen legalmente a los órganos administrativos. Así, estaríamos asumiendo que el algoritmo predictivo tiene otorgada la competencia para convertirse así en órgano administrativo que, en el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa, adopta un acto administrativo automatizado. Nos parece, con toda sinceridad, que en la actualidad estas cuestiones están todavía demasiado desarticuladas como para admitir un fundamento jurídico inequívoco sobre el qué asentar los actos administrativos decisorios automatizados.

Cuestión distinta es que se pueda utilizar la capacidad lógico-predictiva del algoritmo como actividad instrumental de la Administración pública. En este caso, en el fondo, se limitaría quizá la inteligencia real y potencial del algoritmo predictivo, sin embargo, sería posible admitir —según lo manifestado con anterioridad— su fundamento como instrumento que proporciona una orientación superior a la que ofrecería un mero algoritmo instrumental y que el órgano administrativo podría tener en cuenta a la hora de adoptar la correspondiente resolución administrativa.

En este orden de ideas, permítanme considerar ciertos criterios jurisprudenciales que pueden ser de interés respecto a lo que nos ocupa. Recientemente, el Consejo de Estado Italiano, órgano constitucional con competencias en materia de justicia administrativa, se pronunciaba sobre las decisiones que la Administración pública adopta mediante algoritmos. Se trata de la Sentencia

08474/2019 de 13 de diciembre de 2019 que, brevemente, veía involucrados el *Ministero dell'Istruzione Ministero dell'Università e della Ricerca* (MIUR) y un grupo de docentes cuya movilidad docente había sido determinada por un algoritmo y que ahora, tras la preliminar Sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) del Lazio, sede de Roma, sección III bis, de 10 septiembre de 2018 n. 9227, el Consejo de Estado estaba llamado a dirimir por el correspondiente recurso propuesto por el MIUR (27). El Consejo de Estado, precisamente profundiza sobre las derivaciones jurídicas que conllevan el uso de los algoritmos y más en general de la IA. Interesa subrayar el dato de partida de la sentencia de mérito. El T.A.R. del Lazio decidía, entre otras cuestiones, que demandar la actividad administrativa a un algoritmo implica generar un «evidente contraste con el principio de *instrumentalidad*» (FJ 1). Esto, al fin y entre otras cuestiones, determinaba la inadmisibilidad del uso de algoritmos. El MIUR defendía su posición señalando que «el algoritmo es sencillamente el resultado de la transposición matemática y de la aplicación informática de las directivas en la materia» (FJ 2). En otras palabras, el ahora recurrente manifestaba precisamente el correcto uso de sistemas que, meramente, instrumentalizan actividad de la Administración pública. Bien, el Consejo de Estado introduce interesantes cuestiones que resultan oportunas mencionar aquí. En primer lugar, señala que «también la Administración pública debe poder aprovecharse de las relevantes potencialidades de la denominada revolución digital [...]. En este sentido los algoritmos informáticos para la adopción de decisiones automatizadas representan un claro beneficio en términos de eficiencia y neutralidad» (FJ 7.1). Esta posición se refrenda también el FJ 9.2 en el cual los jueces indican que «el uso del procedimiento informático no debe ser estigmatizado sino impulsado [...] para evitar interferencias debidas a la negligencia (o peor, al dolo) del funcionario». Así, el órgano jurisdiccional parece abrirse definitivamente, aunque en presencia de ciertos criterios, a la denominada revolución 4.0 (28). En este sentido, establece el FJ8.2, estos instrumentos digitales describen «la posibilidad de que el procedimiento de formación de las decisiones administrativas esté encomendado a un software, en el cual se implantan una serie de datos con el fin de lograr, a través de la automatización del proceso, la decisión final». A bien entender, el Consejo de Estado no parece delegar completamente la decisión a un programa de computador, sino que determina la posibilidad de utilizar un algoritmo para poder fundamentar la decisión administrativa, no

(27) De aquí en adelante y sobre la sentencia, el autor ha elaborado la correspondiente traducción italiano-español trasladando lo más fidedignamente posible los términos y las cuestiones jurídicas.

(28) Sobre Administración pública y decisiones automatizadas en la industria 4.0, se recomienda: P.S. MAGLIONE (2020:1-52).

desconociendo, por ende, la aportación humana. Tratando el caso en objeto y a sabiendas de estas indicaciones preliminares, los jueces italianos identifican dos aspectos preeminentes que deben respetar los algoritmos: «a) el pleno conocimiento previo del modelo utilizado y de los criterios aplicados y b) la imputabilidad de la decisión al órgano titular que debe poder desarrollar la necesaria verificación de la lógica y legitimación de la elección y de los resultados delegados al algoritmo» (FJ 12). Es decir, la decisión administrativa debe poder ser controlada y en su caso rectificada por el personal del órgano administrativo correspondiente.

Ahora bien, los algoritmos, sin duda, nos permiten asomarnos a una realidad tecnológica que puede ser beneficiosa para el sector público. Igualmente, en esta materia, irrumpen criterios que forzosamente deben ser cardinales. La transparencia algorítmica, en nuestra opinión, es uno de ellos. En este sentido, debemos considerarla según los distintos elementos que la componen: las cuestiones jurídicas sobre las que se asienta, la ética y el control de la transparencia. En definitiva, se trata de elementos que colaboran precisamente a determinar el correcto uso del algoritmo.

III. TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

Debemos afrontar la transparencia algorítmica iniciando con una necesidad y generalísima premisa sobre el alcance de la transparencia pública en el actual estado de derecho. Precisamente en este sentido, Fernández Ramos esboza sapientemente algunas de las razones que determinan el éxito de la transparencia pública. Así, la transparencia pública, según el autor, «Refuerza la legitimación democrática de la Administración [...]. La transparencia de la actividad pública coadyuva al respeto de la legalidad por parte de las autoridades y sus agentes [...]. Es un elemento esencial de las políticas de lucha contra la corrupción [...]. La transparencia, al deshacer el anonimato y posibilitar la exigencia de responsabilidades, coadyuva también a la consecución del rigor y de la eficiencia en la acción administrativa [...]. Es también el presupuesto para la participación (informada) de los ciudadanos en asuntos de interés público [...]. El derecho de acceso a la información pública es esencial para el desarrollo autónomo de las personas y para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y su tutela judicial [...]. El acceso no discriminatorio a la información pública genera riqueza (y empleo) para la economía de un país, pues posibilita la explotación de la información en poder del sector público [...]. Por último, debe resaltarse la vinculación entre el libre acceso a la información pública y la libertad de investigación» (29). Naturalmente, la

(29) S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018:223-224).

transparencia pública deberá considerar las transformaciones que en el seno de la Administración pública introducen las nuevas tecnologías que modernizan tanto la dimensión ético-jurídica de la transparencia como el acceso a la información de los ciudadanos (30). Dicha transformación digital se asienta, ineludiblemente, «en la “explotación” de datos a partir de las posibilidades que ofrece la innovación tecnológica que, en el caso del sector público, ha de partir necesariamente de las exigencias del Gobierno Abierto» (31).

Así mismo, la transparencia algorítmica debe someterse a los principios que regulan el acceso a la información pública. Un acceso cuyas causas de restricción no solo deben considerar el artículo 14 de la LTAIBG sino que necesitan asentarse sobre un análisis pormenorizado de las circunstancias específicas. En este sentido, se ha pronunciado recientemente la Audiencia Nacional (Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso) de 17 de junio de 2020, núm. de Recurso: 70/2019. Ponente Luis Helmuth Moya Meyer. Roj: SAN 1377/2020 - ECLI: ES:AN:2020:1377). Se trata de una solicitud de acceso a la información solicitada a la Autoridad Portuaria de La Coruña en una materia supuestamente declarada confidencial. El Tribunal señala: «Desde luego que tal información es confidencial en la medida en que pueda afectar a la seguridad de las instalaciones calificadas como estratégicas o críticas. Pero no basta con que determinada información tenga relación con infraestructuras así clasificadas para que deba denegarse el derecho a la información. Deberá justificarse, al menos someramente, por qué los datos contenidos en los informes, por el nivel de detalle o por su carácter sensible, pueden comprometer la seguridad pública en el caso de difundirse» (FJ 5º). De esta manera, el conocimiento del algoritmo por parte del ciudadano va naturalmente emparejado con el derecho de acceso a la información. Derecho que no podrá ser denegado alegando meramente el artículo 14 j) —el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial y la garantía de la confidencialidad— y 14 k) —el secreto requerido en procesos de toma de decisión—, sino que la Administración pública deberá demostrar los posibles problemas de seguridad pública que podría acarrear la difusión de los datos del sistema algorítmico.

La misma sentencia procede con la indicación de los límites de la confidencialidad. La Sala señala que «[...] en ningún caso la protección de la libertad en la toma de decisiones puede justificar que se oculten informes elaborados por los servicios de asesoramiento de la Autoridad Portuaria ni la reclamación de información efectuada por el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función de fiscalización contable. Esta pretensión es totalmente contraria a los principios elementales de la Ley de Transparencia, que no pretende sino reforzar

(30) Véase J. VALERO TORRIJOS (2019:225-250).

(31) J. VALERO TORRIJOS, J.I. CERDÁ MESEGUER (2020:105).

el principio democrático de control de los gobernantes a través de mantener informados a todos los agentes sociales sobre su actividad» (FJ 4º). (32)

Así, francamente, en la materia que nos ocupa, parece que la Administración pública posee poco *espacio de maniobra* para denegar el acceso a la información algorítmica.

Entendemos que la transparencia de la inteligencia artificial es de trascendental importancia en la construcción de una Administración pública digital sana. De hecho, la transparencia, parece ser uno de los pilares de la Carta de Derechos Digitales que vale la pena recordar no tiene carácter vinculante (33). Justamente el punto XXIII. 1. b), en materia de derechos ante la inteligencia artificial, establece: «Se asegurarán la transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad». Un derecho que finalmente se enmarca en el punto I.1.4 de la misma Carta que señala: «Los procesos de transformación digital, el desarrollo y el uso de la tecnología digital, así como cualquier proceso de investigación científica y técnica relacionado con ellos o que los utilice instrumentalmente, deberán tener presente la exigencia de garantizar la dignidad humana, los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad y ordenarse al logro del bien común». En definitiva, la transparencia de la IA como reflejo de los Derechos Humanos en el seno también de un uso masivo de datos (*Big Data*) (34).

Precisamente con estos propósitos, en nuestra opinión, es necesario mirar la transparencia de forma bifocal. Por un lado, se hace patente la necesidad de verificar que la elección del algoritmo por parte de la Administración pública sea transparente. En segundo lugar, verificar la transparencia del algoritmo cuando éste se encuentre funcionando en la Administración pública, garantizando la accesibilidad del interesado a conocer cómo el algoritmo adopta la decisión.

De esta manera, se pretende alcanzar un doble nivel de transparencia que es trascendental precisamente en el seno de una herramienta intangible como es el algoritmo.

Exactamente las presentes cuestiones representan el *leitmotiv* del análisis que encuentran plena aplicación en la transparencia algorítmica. Temas,

(32) Sobre La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión puede verse también Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, el cual fue desestimado mediante sentencia de 18 de noviembre de 2019, Sección 7ª, recurso de apelación nº 47/2019. Aquí la Sala señala que las actas de un órgano colegiado deben considerarse confidenciales y por lo tanto pueden no ser divulgadas sin embargo, añade: «los acuerdos son aquella documentación que contiene las decisiones adoptadas, el resultado final de esos debates y deliberaciones mantenidas y que pueden y deben hacerse públicas».

(33) A la fecha de redacción de este trabajo la Carta se encontraba en la fase de consulta pública.

(34) En materia de Transparencia y *Big Data* véase: W. ARELLANO TOLEDO (2019: 1-34).

estos, que asumen una importancia clave, si, como señala Cerrillo i Martínez, debemos además considerar la «opacidad de los algoritmos» que en el seno de la Administración pública son considerados verdaderas *cajas negras* (35).

1. Cuestiones jurídicas preliminares

En materia de transparencia algorítmica y por mera extensión interpretativa, podríamos iniciar nuestro análisis desde la perspectiva más simple asumiendo que cualquier algoritmo debería respetar los principios establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG). Así, un algoritmo sería transparente, en principio, cuando la Administración pública correspondiente: a) publique periódicamente y donde corresponda, información relevante acerca del algoritmo (publicidad activa), b) ponga a disposición de la ciudadanía los documentos y el contenido técnico y de funcionamiento del algoritmo (información pública) y finalmente, c) pueda demostrar que el algoritmo actúa en beneficio exclusivo del interés público (buen gobierno). En este mismo sentido, de hecho, Valero Torrijos señala que, en España, ya hay cierto reconocimiento de los algoritmos como información pública, precisamente en aplicación del artículo 13 de la LTAIBG y también del artículo 70 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común (36).

Sin embargo, esta visión que a priori no desconocemos —por lo menos desde la perspectiva de la teoría jurídica sobre la cual se asienta la LTAIBG—, podría resultar excesivamente reductiva y finalmente no encontraría una fácil aplicación práctica precisamente a causa de la desbordante complejidad en la regulación del algoritmo. De hecho, ni los antecedentes jurídicos de la LTAIBG, ni su desarrollo parecen recoger el posible y progresivo avance tecnológico en el que se enmarca el uso de la IA.

Sin duda, somos proclives a una transparencia extendida que mantiene el interés general como principal foco de atención y que, en el marco de la ley, prevalece sobre cualquier otra lógica. En definitiva, se trata de dotar al sistema de transparencia algorítmica de una base inquebrantable que permita el control de un sistema que en ocasiones puede resultar demasiado manipulable.

Bien, la profundización obligatoria de la materia, precisa —y de esto avisamos con anterioridad— desdoblarse nuestro análisis que debe dirigirse en primer lugar a la fase de contratación o prestación del sistema de IA y en segundo lugar a la transparencia del mismo sistema una vez que éste haya sido implantado y se encuentre funcionando.

(35) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2019:17).

(36) J. VALERO TORRIJOS (2020:58).

A) La transparencia *ex ante*: licitación para la prestación del servicio de IA

Este análisis parte de un supuesto que puede resultar obvio pero que, en nuestra opinión, por lo menos a nivel general, representa la realidad actual del sector público. Las Administraciones públicas —la mayoría de ellas—, en este momento, no son creadoras de IA (37). Es decir, las entidades públicas no *inventan* sus propios sistemas de IA sino que, en todo caso, se apoyan en empresas que les suministran las herramientas necesarias. A partir de este punto, debemos observar la regulación de la contratación pública en conexión con la adquisición o suministro de IA. El marco de la regulación al que podemos acudir es el artículo 16 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) que, como es sabido, representa el punto de inicio para el tratamiento de los contratos de servicio. Asimismo, interesa el artículo 308.1 de la misma ley que nos entrega un avance en la materia ya que toma en cuenta el problema que podría surgir entre la IA y los derechos de propiedad intelectual e industrial de los productos objeto del contrato de suministro. Aquí, el legislador parece ser bastante categórico ya que establece: «Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público». La norma, en el sentido que nos ocupa en este trabajo, representaría el fundamento de la misma transparencia. Así es pues: la empresa que desarrolle un sistema de IA para la Administración pública está obligada a transmitir a la entidad pública los derechos de propiedad intelectual y, por ende, deberá transferir los códigos fuente que, por lo tanto, debido a la LTAIBG, serán puestos a disposición de quien quiera acceder a la información.

Ahora, hemos mencionado con anterioridad que, en la actualidad las Administraciones públicas suelen requerir una IA ya existente que pueda ser adaptada a las exigencias de la Administración. En este caso no encontraría

(37) Esta afirmación se hace más visible en las Administraciones locales. En este sentido queremos compartir ciertos resultados genéricos —todavía— acerca de una investigación que estamos desarrollando. El pasado 7 de noviembre de 2020 empezamos una investigación titulada: «*La transición digital de las Administraciones públicas municipales de la provincia de Cádiz*». Solicitamos a los 45 Municipios que componen la provincia de Cádiz, indicarnos si disponen y utilizan sistemas de IA o de automatización de la actividad administrativa. Podemos señalar que un primer y generalísimo dato parece apuntar a que en su mayoría los municipios ignoran el concepto profundo de IA y no usan sistemas de IA propiamente dichos.

aplicación directa el artículo 308 de la LCSP ya que el alcance de la norma parece hacer referencia a productos cuya creación debe entenderse *ex novo*. Así, como señala Miranzo Díaz, en estos casos deberíamos mirar el artículo 122.2 de la LCSP que permitiría, aunque no es una obligación —y por lo tanto se convertiría en un mero auspicio—, prever la cesión de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la constitución de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (38). Entendemos que es bastante difícil que las empresas privadas estén dispuestas a transferir sus conocimientos a sabiendas además que, en caso de hacerlo, estos deberán posteriormente ser compartidos con los administrados si estos lo requieren (39). Se cumple así, lo que Martín Delgado ha definido como «la rigidez del sector público, el miedo a lo desconocido y la resistencia cultural al cambio» (40). En definitiva, se trata de renovar y adecuar el sistema de contratación pública, planteamiento que es compatible con la política de la Unión Europea que, por ejemplo, introduce el ambicioso programa *Next Generation*. Programa que Gimeno Feliú señala como una oportunidad para relanzar un nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y digitales, incluyendo por supuesto la innovación en la contratación pública (41).

Cabe mencionar una ulterior situación que podría ubicarse entre las dos descritas. Nos referimos a la cesión de los derechos de propiedad intelectual e industrial de los códigos fuente que permiten adaptar un sistema de IA existente a las necesidades de la Administración pública contratante. En este caso y siempre que la tecnología computacional lo permitiera, la entidad privada mantendría la confidencialidad sobre su sistema integral de IA y sería contratada por la Administración pública solo para desarrollar la adecuación del propio sistema a la prestación del servicio de la entidad pública. Naturalmente, estamos asentando esta teoría sobre el hecho de que el sistema adaptativo no podría funcionar sin el *sistema madre*. En otras palabras, se ha entendido, planteamos una partición del sistema de IA en el que finalmente solo la parte correspondiente a la especificidad del servicio público prestado sería sometida a la debida transparencia pública.

B) La transparencia *ex post*: exigibilidad de la inteligibilidad del algoritmo

En concordancia con la que hemos definido como transparencia *ex ante*, asume ahora un papel importante la transparencia de la labor del sis-

(38) J. MIRANZO DÍAZ (2020:134-135).

(39) En materia de inteligencia artificial y propiedad intelectual se recomienda: R. XALABARDER (2020:205-222).

(40) I. MARTÍN DELGADO (2020: 33).

(41) Véase J.M. GIMENO FELIÚ (2020).

tema algorítmico cuando éste se encuentre instalado y el interesado quiera conocer cómo el algoritmo específico haya adoptado la decisión instrumental o lógico-predictiva si ésta existiera. Claramente, aquí aplica la máxima general —que ya hemos tenido ocasión de mencionar— según la cual un sistema es transparente cuando es conocible y descifrable. Nos interesa analizar precisamente estos dos elementos: el algoritmo debe ser conocible y descifrable. Previamente, es necesaria una advertencia. El derecho a que el algoritmo sea conocible va más allá de los lógicos compromisos legales que asumiría la Administración pública en aplicación de los artículos 16 y 308 de la LCSP. Desde luego, el conocimiento aúna también los elementos del acceso a la información y por ende de la transparencia pública, pero nos centramos ahora en el derecho que debe tener el interesado a saber que la Administración pública adoptará determinadas decisiones mediante un algoritmo que entonces deberá ser descifrable y en consecuencia transparente. De esto nos da cuenta la Carta de Derechos Digitales que precisamente en el punto XVI.3 - Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones públicas —o el punto XXIII.1 b) y c)—, introduce términos como: explicabilidad, trazabilidad (letra b) y garantía de la accesibilidad, usabilidad y fiabilidad (letra c).

En este mismo sentido, conviene retomar el razonamiento jurídico que en materia de transparencia ofrece el Consejo de Estado italiano en la ya citada Sentencia 08474/2019. El FJ 13.1 señala que «en el ámbito del pleno conocimiento, asume relevancia el principio de transparencia que debe operar tanto por la Administración pública titular del poder para cuyo ejercicio se prevé el uso de la herramienta del algoritmo, como para los sujetos involucrados por el poder mismo». Avisa el órgano —y nos parece importante— que el algoritmo es conocible cuando es posible saber todos los diferentes aspectos que lo rodean, es decir: «los autores del procedimiento utilizado para su elaboración, el mecanismo de decisión, incluida la prioridad asignada al procedimiento de evaluación y de decisión y de los datos indicados como relevantes. Esto, con el fin de poder verificar que los criterios, los supuestos y las decisiones del procedimiento robotizado sean conformes a las prescripciones y a las finalidades establecidas por la ley o por la misma Administración [...]». Para lograr este grado de transparencia, los jueces no aceptan que las empresas que suministran estos tipos de servicios informáticos invoquen las cláusulas de confidencialidad. Naturalmente, en este contexto es necesario que la Administración pública confiera, dice la sentencia, «las informaciones significativas sobre la lógica utilizada» (FJ 13.2), además de mencionar la importancia de las consecuencias que podría soportar el interesado como destinatario de la decisión algorítmica.

En definitiva, la transparencia algorítmica debe asentarse sobre dos principios fundamentales: el conocimiento omnicompreensivo del algoritmo, que

incluye la inteligibilidad de este y la no exclusividad de la decisión algorítmica, particularmente cuando la decisión automatizada produce efectos significativos sobre el interesado.

C) El tratamiento de los datos como elemento de la transparencia

En materia de transparencia algorítmica es necesario analizar ciertas cuestiones relacionadas con el tratamiento de los datos personales que en el escenario digital y automatizado serán tratados por un algoritmo. En este sentido, conviene, primeramente acudir a las normas europeas sobre el tratamiento de datos personales y esto a sabiendas de que en el mes de febrero de 2020, la Agencia Española de Protección de Datos manifestó una primera aproximación a la adecuación de las normas españolas al Reglamento (UE) 2016/679 (en adelante, RGPD) (42). Las principales normas de referencia están representadas por los artículos 13 y 15 del RGPD, que establecen el derecho del interesado a conocer la existencia de los procesos de decisión automatizados que le conciernen y a recibir información sobre la lógica utilizada (véase el artículo 1-objeto del RGPD).

Precisamente, el artículo 13 del RGPD, imputa al responsable del tratamiento de los datos personales un conjunto de requisitos de información que finalmente identifican tres perfiles —que analizaremos en breve— que articulan y fundamentan el principio de transparencia algorítmica. En este sentido, las cuestiones examinadas parecen orientarse a la determinación de si se ha utilizado el algoritmo para el tratamiento de los datos con miras a la decisión; el nivel de importancia que tuvo el tratamiento automatizado en el procedimiento y el funcionamiento del algoritmo o qué consecuencias pueden derivar del proceso automatizado para la persona en cuestión.

De interés es también el artículo 15 del RGPD —Derecho de acceso del interesado— que señala: «El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información: [...] h) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado».

Someramente, las dos normas señaladas introducen ciertas características que finalmente recalcan las cuestiones sobre transparencia que nos han ocupado a lo largo de este estudio.

(42) Puede verse: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2020).

Ahora bien, el primer perfil atañe al derecho a recabar informaciones mediante la existencia de un proceso decisonal automatizado. Esta cuestión concierne al conocimiento del algoritmo, es decir, al derecho del interesado a ser informado de la existencia de un proceso de decisión automatizado de tratamiento de sus datos personales. En otras palabras, el derecho a saber se convierte en un derecho absoluto y que individua una reivindicación jurídicamente protegida de conocimiento de la existencia de una decisión algorítmica (43).

El segundo elemento se ocupa del derecho a obtener informaciones acerca del funcionamiento del sistema automatizado. Este perfil debe ser considerado tomando en cuenta la fórmula final del artículo 15 h) del RGPD que hace una alusión directa a la «importancia y a las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado». Menciona Zuddas que, de esta manera, se otorga a este elemento una verdadera proyección externa al proceso decisonal que en definitiva, privaría aparentemente la decisión de relevantes potencialidades normativas, limitando el alcance del algoritmo (44).

Por último, cabe referirse, al elemento de la comprensibilidad del algoritmo. El interesado tiene el derecho de obtener del responsable del tratamiento de datos, información significativa sobre la *lógica* utilizada en el tratamiento de datos dentro del proceso de adopción de las decisiones automatizadas. Así, el interesado tiene derecho a obtener información sobre el modo en que el sistema automatizado ha tratado sus datos (45).

En definitiva, lo que se quiere garantizar es el derecho al respeto de la privacidad del ciudadano en todo su alcance. De esta forma se ha pronunciado el Tribunal de Distrito de La Haya en la conocida como «Sentencia SyRI». El Tribunal señala que este *software* —un sistema de análisis utilizado por el Gobierno para rastrear posibles fraudes al Estado— no respeta la privacidad del ciudadano y vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos relativo al derecho a la vida privada (46).

2. La ética algorítmica

La importancia de la ética algorítmica —o la que se puede llamar *algoré-tica*—, puede ser individuado en el Libro Blanco sobre la inteligencia arti-

(43) Véase A. SIMONCINI, S. SUWEIS (2019: 98).

(44) Véase: P. ZUDDAS (2020: 5).

(45) En este sentido, véase: D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN (2019: 20).

(46) Además, el Tribunal avanza en materia de sesgo algorítmico. De hecho señala que «SyRI puede tener efectos no deseados, como estigmatizar y discriminar a la ciudadanía, por la ingente cantidad de información que recoge».

ficial (47). Un enfoque europeo que asume la necesidad de analizar las implicaciones éticas y humanas que depara la IA y que en definitiva representa la perspectiva antropocéntrica de la IA que evidentemente deberá contar con las correspondientes directrices éticas. En este mismo sentido, la Comisión, entre sus conclusiones destaca que: «La inteligencia artificial es una tecnología estratégica que ofrece numerosas ventajas a los ciudadanos, las empresas y la sociedad en su conjunto, siempre y cuando sea antropocéntrica, ética y sostenible y respete los derechos y valores fundamentales» (48). Esta visión es cristalina hasta el punto de que ciertos autores ya auspician a que en el futuro próximo se encomendará el control de la ética a nuevas figuras que podrían asumir el nombre de «crítico tecnológico», en una clara correlación con figuras ya existentes como el crítico cinematográfico, literario o de arte y que precisamente deberían ejercer un control sobre la ética de los algoritmos (49).

Naturalmente, la ética de la IA es un campo de estudio muy amplio que debe ser tratado desde un enfoque multidisciplinario que por su propia naturaleza afecta también a las cuestiones propiamente sociológicas. A nosotros, en este trabajo, nos corresponde centrarnos en algunas de estas cuestiones que finalmente contribuyen a la instauración de criterios claros de la transparencia algorítmica. Así dirigimos nuestra atención, aunque sea brevemente, principalmente a la regulación de la ética de la IA y a los problemas que produce el sesgo algorítmico (*algorithmic bias* en inglés). Un sesgo que, como es conocido, puede ser de género, económico, social, de orientación sexual, laboral, de raza etc. (50).

Ahora, un algoritmo se convierte en la expresión de quien lo elabora. Es decir, el sesgo algorítmico lo produce quien programa la fórmula matemática así que el algoritmo, en definitiva, se hace eco y es portador del sesgo. De esta forma, es necesario ahondar sobre la cultura ética y moral de quien produce el sistema. Esta tesis se hace más profunda cuando consideramos los algoritmos que están pensados para que aprendan. Este aprendizaje no es inocuo, es decir, el algoritmo aprende a través de los inputs que se cargan en él. La inserción de una información discriminatoria produce un aprendizaje discriminatorio. En este sentido, la elección de un sistema de IA por parte de la Administración pública debe ser proactivo entendiéndolo que el propósito prioritario es dotarse de un sistema que no discrimine a los ciudadanos. Así, la intervención de la Administración pública es trascendental para evitar el sesgo algorítmico. Dicha intervención, debe abogar por la aplicación de los

(47) COM(2020)65.

(48) COMISIÓN EUROPEA (2020:31).

(49) Véase N. PATRIGNANI (2018).

(50) Véase «Sentencia SyRI» anteriormente citada.

principios éticos de la IA que, como señala Pinto Fontanillo, pueden resumirse en: «el principio del respeto de la autonomía humana, el de equidad, de prevención del daño y de explicabilidad» (51).

3. Auditoría algorítmica

En esta breve aproximación a la transparencia algorítmica que en definitiva representa la transparencia del sistema de IA, debemos analizar, muy someramente, la necesaria previsión de un procedimiento de auditoría algorítmica. Una cuestión esta que tiene su razón en la necesidad de individuar quién controla que el algoritmo sea transparente y que lo sea en todos sus elementos.

Así mismo, conviene señalar que, a nuestro juicio, el control de los algoritmos promueve lo que podríamos definir como la *sanificación* del sistema de IA que, precisamente colabora con la necesaria rectificación del sistema en pro del interés público general y de la misma actividad de la Administración pública.

En nuestra opinión y de forma general, existen por lo menos dos respuestas y ambas dimanan de un elemento común, obvio, que identifica indudablemente que sí es necesario contar con un sistema de control. La primera respuesta es quizá la más simple y directa. Pues, las Administraciones públicas que usan un sistema de IA deben garantizar su propio control y que éste resulte transparente (auditoría interna). La segunda respuesta, compleja, dirige nuestro interés a la posibilidad de que la mencionada actividad de control sea encargada a agencias públicas independientes o a empresas privadas independientes que en todo caso permanecerían sujetas a la obligación de la confidencialidad (auditoría externa).

Bien, hoy día contamos con la presencia de agencias o autoridades que desarrollan una labor en materia específica. Solo a título de ejemplo y entre otras, basta con ver la actividad de la Oficina Antifrau de Catalunya o la Agencia Valenciana Antifraude. Ambas, enmarcadas como agencias independientes de las otras Administraciones públicas, representan, específicamente, un instrumento de prevención, investigación y combate del fraude y la corrupción, con capacidad para proteger a las personas denunciantes. En definitiva, las agencias trabajan en pro de la ética. Así que estas agencias parecen ser las posibles y naturales destinatarias de la actividad de control del sistema de IA cuya actividad descontrolada podría precisamente desembocar en las situaciones que estas agencias combaten. De hecho, no sería de extrañar que estas agencias comenzarán a recibir denuncias de ciudadanos que a causa de la intervención de un algoritmo han sufrido algún menoscabo en sus derechos y, por el temor a sufrir represalias, lo denuncien a través de los

(51) J.A. PINTO FONTANILLO (2020: 82-84).

cauces implantados por las agencias. Naturalmente, en esta visión de control, parece necesario dotar a estas agencias o aquéllas creadas *ad hoc*, de medios personales y materiales que, adecuadamente capacitados, puedan desarrollar la actividad de auditoría.

En la perspectiva del trabajo a desplegar, cabe la opción, quizá más realista, de delegar la actividad de auditoría y control a empresas externas que de forma independiente y confidencial se ocupen de verificar el *sano* funcionamiento del sistema de IA. En este caso, redundaría señalar, que el proceso de contratación debería desarrollarse al amparo de la LCSP con el evidente límite que la empresa que suministra la IA a la Administración pública debería permitir a la empresa de auditoría el acceso a sus sistemas.

En ambos casos —agencias o empresas—, la auditoría podría consistir tanto en la evaluación de todo el proceso de uso de la IA como de la estimación de las consecuencias que produce el sistema de IA en las operaciones de la Administración pública.

Punto interesante es identificar la condición que se le debería reconocer a los resultados y a las declaraciones de la entidad que audita. En otros términos, es necesario conocer si las indicaciones de quien audita y controla se deben considerar meras recomendaciones o si, por lo contrario, deben resultar vinculantes por la Administración pública.

En la senda de las actividades de las agencias antifraudes y de forma generalísima, cabe destacar que las agencias investigan y trasladan al Ministerio Fiscal aquellas denuncias que tienen carácter de delito penal. Las agencias no sustituyen al juez sino que lo alertan acerca de un delito. Así, si un algoritmo produjera un posible delito penal (imaginemos un algoritmo que dicte una resolución administrativa arbitraria porque contraria a la ley pudiendo incurrir en un delito de prevaricación), este acontecimiento debería ser denunciado frente a la autoridad judicial correspondiente. En los otros casos, la actividad de las agencias sería recomendatoria para que, precisamente, la Administración pública, en beneficio de la transparencia y el interés público, pueda rectificar la acción algorítmica.

Las empresas privadas de auditoría, en nuestra opinión, asumirían la condición de suministradores de un servicio de modo que podrían formular recomendaciones no vinculantes.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos afrontado una serie de cuestiones que representan algunos de los pilares de la IA y somos conscientes de que el debate no se agota en estas someras páginas. Lo que nos parece claro es que la IA y las

herramientas que la acompañan han llegado para quedarse. Es sinceramente improbable una vuelta atrás en un campo como el tecnológico que parece lidiar con el tiempo ofreciéndonos soluciones técnico-digitales con una frecuencia abrumadora. Todas las disciplinas, desde las humanas a las jurídicas pasando por las tecnológicas, se ven afectadas por la introducción de nuevos modelos que obligan a (re)plantearse ciertas convicciones sobre las cuales precisamente se habían asentado.

El derecho administrativo no es ajeno a la injerencia tecnológica. Lo demuestra la profusa doctrina sobre la materia acompañada además de diferentes documentos técnicos gubernamentales que ponen la IA en el foco de atención de muchos juristas. En definitiva, estamos ante los retos digitales del derecho administrativo.

Como cualquier cambio en este caso también nos encontramos con elementos que, aunque ya no sean desconocidos, sí necesitan de un análisis que justamente valga como punto de partida para su posible adaptación a las peculiaridades jurídicas que estamos acostumbrados a tratar. Así, las definiciones de IA, algoritmo y transparencia algorítmica, en todas sus complejidades, asumen un papel fundamental sobre el cual asentar el debate doctrinal.

Ahora bien, para ser precisos, es necesario no generalizar, al contrario, debemos casi forzosamente, acudir a la profundidad de las cuestiones tratadas. A nuestro juicio, el término IA, debe más bien ser analizado según la principal herramienta que lo compone, es decir los algoritmos. En este sentido, es trascendental pormenorizar los distintos tipos de algoritmo según sus características ya que, finalmente nos ofrecen la posibilidad de identificar un tratamiento jurídico-administrativo preciso. De este modo, hemos intentado demostrar, con más o menos acierto, que, en la actualidad, las decisiones adoptadas por los algoritmos aritméticos y relacionales actúan como verdaderos colaboradores de la actividad administrativa humana. A nuestro juicio, estos tipos de algoritmos son instrumentales a la actividad desarrollada por el correspondiente órgano administrativo así que, todo parece apuntar a que las decisiones adoptadas por estas formulas representan un acto administrativo de trámite y no un acto administrativo que finaliza el procedimiento administrativo. De esta manera y en su vertiente negativa, excluimos cualquier otra *etiqueta* administrativa que no sea la de acto administrativo de trámite. Esto no significa desconocer el alcance y la importancia de los algoritmos aritméticos y relacionales, todo lo contrario. Abogamos por un uso racional y transparente de estas herramientas que finalmente introducen preponderantemente el derecho administrativo y la labor de la Administración pública en la era digital del Siglo XXI.

Los algoritmos predictivos necesitan de un tratamiento aparte. Sabemos que estas fórmulas pueden o podrían reproducir y mejorar la cognición humana. Podemos apreciar las grandes potencialidades que proporcionan estos tipos de

algoritmos, sin embargo, en la entrelazada relación entre el derecho administrativo clásico y las nuevas tecnologías que nos han ocupado, en la actualidad, es complicado aceptar una indiscutible y generalizada suplantación de la actividad humana por los algoritmos predictivos. En este caso, es posible, en nuestra opinión, utilizar el razonamiento deductivo y predictivo para mejorar la resolución administrativa que en pro de la teoría de los actos administrativos podrá ser utilizada por la adopción de la decisión definitiva que finalmente representa el ejercicio de la potestad administrativa del órgano administrativo correspondiente. Así, la decisión lógico-predictiva introduce un plus —tecnológico y predictivo— de complementariedad ante el acto administrativo definitivo del procedimiento. En otras palabras, los algoritmos no tienen que ser considerados como herramienta excluyente de la actividad humana.

Debido a la importancia que asumen el alcance y las finalidades de los algoritmos, sean del tipo que sean, resulta absolutamente necesario que estos respondan a los criterios de transparencia que finalmente en su estructura general, deben identificarse con la contratación transparente de IA o de suministro de la misma, el acceso a la información, el necesario conocimiento del uso del algoritmo y de su funcionamiento y al fin, la inteligibilidad de la fórmula que garantice la accesibilidad a esta técnica sin ser necesariamente especialistas de la materia.

En el ámbito específico, la transparencia algorítmica consiste en la realización de un (re)ajuste de las normas en materia de contratación pública para el suministro o adquisición del servicio, que deben precisamente adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas. Así, defendemos que, en esta materia, los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluyan formalmente la cesión de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En caso contrario, la Administración pública tendría que excluir de la licitación a la empresa suministradora. Es cierto que, para estas empresas, la divulgación de los códigos que identifican sus sistemas de IA podría no ser rentable y las podría poner en una situación de inferioridad empresarial respecto a sus competidores. Sin embargo, en nuestra opinión, es obligatorio operar con un juicio de prevalencia que debe ser puesto de manifiesto durante la contratación. A la luz de las importantes repercusiones que la IA puede tener sobre las personas, debe prevalecer la transparencia como elemento de protección del interés público general.

Naturalmente, esta medida debe ser acompañada por un fuerte impulso tecnológico que los mismos poderes públicos deben proporcionar a una Administración pública cuya base tecnológica profunda sigue siendo la de antaño. Así, por un lado, es necesaria una formación específica de los empleados públicos que finalmente abogue por una alfabetización digital específica. Por otro lado, se hace patente la necesidad de contar con una Administración pública que pueda ser productora de IA y no solamente consumidora.

En materia de IA y transparencia algorítmica existen cuestiones de extraordinario interés y que ponen en el foco de atención el tratamiento de los datos de los involucrados en el proceso de toma de decisiones. En este escenario, parece que el análisis está relativamente más avanzado. Tanto a nivel comunitario como a nivel nacional, existe un hilo conductor casi inequívoco que determina la necesidad de dar a conocer que los datos del interesado están siendo tratados de forma automatizada. De esta manera, es el mismo interesado que puede decidir acerca del tratamiento automatizado frente a uno operado por humanos. Está claro que aún en este caso deben coexistir los principios de transparencia que mencionamos en este estudio y que se aúnan bajo dos términos: conocimiento y comprensibilidad.

La transparencia algorítmica tiene una evidente correlación con elementos que nos impulsan a mirar disciplinas que tienen conexión con el derecho. Así, el desafío es crear algoritmos que sean éticos y que, por lo tanto, consideren la moral como elemento básico en su formación. Lo difícil es quizá mentalizarnos en el hecho de que una máquina también debe tener moral y ética. Esta exigencia hace que nuestra verdadera atención vaya dirigida a los humanos que preparan la IA. Las máquinas en definitiva representan la extensión de la voluntad humana. En otras palabras, el sesgo de la máquina es en realidad el sesgo del programador. Así, la transparencia y la cultura de la ética deben neutralizar las conductas humanas negativas impidiendo la transferencia de estos comportamientos a los códigos fuente de los algoritmos.

La cultura de la transparencia aplicada a la IA encuentra no pocas complicaciones, algunas de las cuales están directamente relacionadas con el uso de sistemas que provienen de proveedores privados externos a la Administración pública y que por su propia naturaleza suelen ser poco transparentes u opacos. Resulta entonces prioritario contar con un sistema que permita un control independiente de los algoritmos. En el correspondiente apartado hemos mencionado algunas ideas y límites para asignar la función de control y auditoría a empresas privadas así que nos parece importante centrarnos en herramientas distintas. En nuestra opinión, las agencias públicas ofrecen, por su naturaleza y por su reconocido prestigio, la garantía de independencia que en esta materia es necesario buscar y obtener. Así, el desarrollo de control debe ir emparejado con la función de auditoría. Se trata entonces de encomendar a agencias ya existentes —ampliando sus competencias— o crear agencias *ad hoc*, que permitan verificar si los algoritmos y su uso responden a los criterios de transparencia y ética que hemos tenido ocasión de analizar en este estudio. La delegación del control y de la auditoría a agencias públicas especializadas no impide la convivencia de un autorregulación interna a las distintas Administraciones públicas. A nuestro juicio, control, auditoría y autorregulación pueden y deben ser complementarios.

Bien, somos conscientes de que las tesis que se han plasmado en este breve ensayo amplían el debate sobre la IA, los algoritmos y la transparencia algorítmica. Sin embargo, esto, y desde luego el correspondiente debate, tiene que ser considerado positivamente. El ejemplo es precisamente la citada Carta de Derechos Digitales, una carta que introduce ciertas novedades, aunque sin duda, podría ser más ambiciosa. En este sentido, por ejemplo, debería representar uno de los ejes de debate acerca de la tecnología disruptiva, así como definir los mecanismos de identificación de los instrumentos de actualización de la tecnología actual y futura, pues, debido a la velocidad con la que cambia el panorama tecnológico, esta aportación resultaría extremadamente necesaria.

En fin, no debemos rehuir del debate sino utilizar todos los conocimientos para que el uso de la IA pueda ser un avance y no un escollo en la transición digital.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (2020): «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción». <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf> [Consultado el 30 de noviembre de 2020].
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2013): «Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración pública», en esta REVISTA, núm. 41-42, Zaragoza, pp. 129-130.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio (2017): «La regulación de la tecnología: la superación del modelo papel como elemento de transformación digital innovadora», en MARTÍN DELGADO, Isaac (Director), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, España, pp. 122-124.
- ARELLANO TOLEDO, Wilma (2019): «El derecho a la transparencia algorítmica en Big Data e Inteligencia Artificial». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, pp. 1-34.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2020): «Algoritmos y reglamentos». *Almacén de Derecho*. 25 de febrero. <https://almacenederecho.org/algoritmos-y-reglamentos>.
- BARONE, Antonio (2020): «Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale». *European Review of Digital Administration & Law (Erdal)*, Vol. 1 núm. 1-2 junio-diciembre, p.66
- BENÍTEZ, Raúl, ESCUDERO, Gerard, KANAAN, Samir, MASIP RODÓ, David (2013): «*Inteligencia artificial avanzada*». Barcelona, Editorial UOC, p. 13.

- BOIX PALOP, Andrés (2020): «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, p. 262. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33.
- BONMATÍ SÁNCHEZ, José, GONZALO DOMÉNECH, Juan José (2020): «*La gestión de riesgos y su encaje legal en la regulación de la inteligencia artificial*», en FUENTES SORIANO, Olga (Directora). *Era digital, sociedad y derecho*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, pp. 116-117.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2020): «*El impacto de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas: estado de la cuestión y una agenda*», en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, PEGUERA POCH, Miquel (Coordinadores). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Editorial Aranzadi, p. 76.
- (2019): «Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58. p. 17. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3277>.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): «*Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*», p. 31. Se puede consultar en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2019): «Riesgos e impactos del Big Data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, pp. 2-3.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2018): «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», en esta REVISTA núm. 51, Zaragoza, pp.223-224.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (2020): «*Derecho y nuevas tecnologías*». Aranzadi, Thomson Reuters-Civitas.
- GALETTA, Diana Urania, CORVALÁN, Juan Gustavo (2019): «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto». *Federalismi.it*, 2019 núm. 3, p. 20.
- GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2017): «*Manual básico de derecho administrativo*». Tecnos, Madrid, España, p.170.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, T. RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás (2017): «*Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*», 18º edición Aranzadi, Thomson Reuters-Civitas, pp. 592-596.
- GIMENO FELIÚ, José María (2020): «*Los pilares de Next Generation EU y la contratación pública*». Observatorio de Contratación Pública, 6 de octubre de 2020. <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/los-pilares-de-next-generation-eu-y-la-contratacion-publica>. [Consultado el 1 de diciembre de 2020].

- HUERGO LORA, Alejandro (2020): «Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo», en HUERGO LORA Alejandro (Director), DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel. *La regulación de los algoritmos*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 27.
- LÓPEZ ONETO, Marcos (2020): «Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial». Tirant lo Blanch, Valencia, España, p. 47.
- MAGLIONE, Pietro Stefano (2020): «La Pubblica Amministrazione "al varco" dell'Industria 4.0: decisioni automatizzate e garanzie procedurali in una prospettiva human oriented». *Amministrazione in cammino*, mayo, p. 1-52.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2020): «Innovación tecnológica e innovación administrativa en la contratación pública», en MARTÍN DELGADO, Isaac, MORENO MOLINA, José Antonio. *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Iustel, Madrid, España, p. 33.
- (2009): «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada». *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 353-386.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2020): «Inteligencia artificial y contratación pública», en MARTÍN DELGADO, Isaac, MORENO MOLINA, José Antonio. *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*. Iustel, Madrid, España, p. 134-135.
- MISURACA, Gianluca, VAN NOORDT, Colin (2020): «AI Watch Artificial Intelligence in public services Overview of the use and impact of AI in public services in the EU». Publications Office of the European Union, p. 80.
- PATRIGNANI, Norberto (2018): «Nell'era degli algoritmi, solo l'etica può salvare l'umanità: ecco perché». *Agenda Digital*, 27 de junio de 2018. En: <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/nellera-degli-algoritmi-solo-letica-puo-salvare-lumanita-ecco-perche/>. [Consultado el 15 de noviembre de 2020].
- PEGUERA POCH, Miquel (2020): «En búsqueda de un marco normativo para la Inteligencia Artificial», en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, PEGUERA POCH, Miquel (Coordinadores). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Editorial Aranzadi, p. 46.
- PINTO FONTANILLO, José Antonio (2020): «El derecho ante los retos de la Inteligencia Artificial. Marco ético y jurídico». Edisofer, Madrid, España, pp. 82-84.
- PONCE SOLÉ, Juli (2019): «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, p.12.
- RAMIÓ, Carles (2019): «Inteligencia artificial y Administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público». Editorial Catarata, Madrid, España, pp. 139-155.

- SECRETARÍA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICA CIENTÍFICA DEL MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES (2019): «*Estrategia española de I+D+I en inteligencia artificial*». Madrid, España, p. 12
- SIMONCINI, Andrea, SUWEIS, Samir (2019): «Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale». *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, p. 98.
- SUÑÉ LINÁS, Emilio (2020): «*Derecho e inteligencia artificial. De la robótica al posthumano*». Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, pp. 99-107.
- VALERO TORRIJOS, Julián (2020): «The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements». *European Review of Digital Administration & Law (Erdal)*, Vol. 1 núm. 1-2 junio-diciembre, p. 58.
- (2019): «*Transparencia, acceso y reutilización de la información del sector público*», en MARTÍN DELGADO, Isaac (Director), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. Iustel, Madrid, España, pp. 225-250.
- VALERO TORRIJOS, Julián, CERDÁ MESEGUER, Juan Ignacio (2020): «Transparencia, acceso y reutilización de la información ante la transformación digital del sector público: enseñanza y desafíos en tiempo del COVID-19». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, p. 105.
- XALABARDER, Raquel (2020): «*Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual*», en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, PEGUERA POCH, Miquel (Coordinadores). *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*. Editorial Aranzadi, pp. 205-222.
- ZLOTNIK, Alexander (2019): «Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación». *Boletín* núm. 84 (julio), p. 25.
- ZUDDAS, Paolo (2020): «Brevi note sulla trasparenza algoritmica». *Amministrazione in cammino*, junio, p. 5.

CRÓNICAS

CRÓNICA DEL I SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO Y ECONOMÍA CIRCULAR

LUCÍA MUÑOZ BENITO

Los pasados días 29 y 30 de septiembre de 2020 se celebró en la Universidad de La Rioja el I Seminario Internacional sobre Derecho y Economía Circular. Fue organizado por el equipo multidisciplinar de la Universidad de La Rioja que lleva a cabo el Proyecto de investigación liderado por el profesor René Javier Santamaría Arinas y la profesora Mariola Urrea Corres «El Derecho Español ante los Retos Inminentes de la Economía Circular» (DERIEC), financiado por el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad de la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

El Seminario, que se celebró en modalidad online para preservar la salud y seguridad por la pandemia del COVID-19, aglutinó a invitados en su mayor parte académicos, pero también a agentes sociales e institucionales, y concitó el interés de más de 150 personas inscritas.

Tras la inauguración, en la que participaron Jesús María García, presidente del Parlamento de La Rioja; Alfonso Agudo, Director del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja; y el Rector de la Universidad de La Rioja, Julio Rubio, el Seminario tuvo el honor de contar con la presencia de Hugo Morán, Secretario de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica. En su conferencia inaugural, centrada en la Estrategia Española de Economía Circular, hizo hincapié en la necesaria implicación de toda la sociedad para superar este reto del cambio de modelo de economía lineal a economía circular, resaltando el papel fundamental de los académicos en este proceso.

El Seminario pretendía ofrecer una visión jurídica global de la economía circular, por lo que se organizó en sesiones dedicadas en primer lugar a dar una perspectiva internacional, europea y nacional para pasar posteriormente al plano autonómico.

Siguiendo esta lógica, en la primera sesión se aportó la visión internacional. Así, Oriana Romano, Jefa de unidad de la Gobernanza del Agua y Economía Circular en Ciudades en el Centro de Emprendimiento, Pymes, Ciudades y Regiones de la OCDE, presentó un estudio realizado por esta Organización

en más de cincuenta ciudades que refleja el rol que éstas juegan en la consecución de la economía circular y los obstáculos a los que se enfrentan. Por su parte, Pablo Cubel, director de la oficina de Cuatrecasas en Pekín, evidenció las diferencias —también jurídicas— entre oriente y occidente a raíz de la exposición de la pionera ley china de economía circular.

En el panel formado por los profesores Nicolas de Sadeleer, Xavier Vence y Alexandra Aragão, de las Universidades de Saint Louis, Santiago de Compostela y Coimbra se debatió sobre el nuevo Plan de acción de la Unión Europea para la economía circular. Particularmente críticos fueron Vence y Aragão, quienes pusieron el foco en la necesidad de centrarse más en medidas concretas en el consumo y no tanto en el reciclaje.

Tras este repaso por las aportaciones internacionales y europeas a la economía circular, la primera sesión del Seminario concluyó con el análisis de la Estrategia Española de Economía Circular de la mano de Alba Nogueira, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela. Aunque señaló algunos aspectos positivos de este documento, reprochó, entre otras cosas, que el texto no tenga valor normativo, se centre sobre todo en los residuos obviando otras fases del ciclo de vida del producto y que su aplicación se vaya a dilatar en el tiempo por la necesaria concreción en planes.

En la segunda sesión del Seminario se desarrollaron dos mesas redondas con la misma temática, «La Rioja ante la economía circular», pero desde dos puntos de vista distintos: por un lado, el de sindicatos, organizaciones empresariales y ecologistas; y, por otro lado, el de los partidos políticos con representación en el Parlamento de La Rioja.

Las protagonistas de la segunda jornada de este Seminario fueron las Comunidades Autónomas que han incorporado a sus ordenamientos jurídicos medidas en materia de economía circular, ya sea indirectamente en otras leyes sectoriales o mediante la creación de legislación específica. Para desgarnar las características más significativas y las novedades que aporta cada Comunidad Autónoma se contó con la voz de diferentes especialistas en la materia.

Así, Aitana De la Varga, Profesora Agregada de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili, destacó el papel que tuvo la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático introduciendo este concepto en nuestro país, pero centró su exposición en las Estrategias catalanas de impulso a la economía verde y a la economía circular, y de ecodiseño.

Por su parte, de los diferentes hitos de la economía circular en Navarra, Ángel Ruiz de Apodaca, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de esta Comunidad, subrayó la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2020, de 22 de julio, que ha confirmado la plena constitucionalidad de la Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad. Ruiz de

Apodaca resaltó la interpretación que en ella ha hecho el Tribunal respecto a las normas adicionales de protección ambiental de las Comunidades Autónomas.

Posteriormente tuvo la palabra Bartomeu Trias, Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares. El ponente, además de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears y de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética, remarcó la incidencia indirecta que en materia de economía circular tiene la Ley 2/2016, de 30 de marzo, del impuesto sobre estancias turísticas en las Illes Balears y de medidas de impulso del turismo sostenible en el sentido de que la recaudación del impuesto sobre estancias turísticas puede destinarse a la financiación de actividades relacionadas con la economía circular, por ejemplo las de gestión de residuos turísticos.

El repaso por esta legislación autonómica concluyó con la intervención del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, Francisco Delgado. Éste analizó exhaustivamente la Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha, que es la primera en nuestro país que regula esta materia de manera específica. El profesor Delgado señaló el carácter principialista de la Ley y aludió al trabajo que queda por delante para su traducción en acciones concretas.

Tras este interesante recorrido por las distintas experiencias autonómicas en economía circular, el final de la mañana se destinó a aspectos más específicos. Por un lado, Laura Salamero, Profesora Lectora de Derecho Administrativo de la Universidad de Lleida, disertó sobre la regulación del desperdicio alimentario. Tras poner de manifiesto el problema del desperdicio de alimentos y exponer el marco europeo, nacional y autonómico en el que se inserta, analizó la reciente Ley 3/2020, de 11 de marzo, de prevención de las pérdidas y el despilfarro de alimentos de Cataluña.

Por otro lado, Gemma Patón, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Castilla-La Mancha, cerró la sesión con su ponencia sobre derecho tributario y economía circular, en la que dio cuenta de alguna de las propuestas fiscales para la transición hacia la circularidad, especialmente el proyecto de impuesto estatal especial sobre envases de plástico no reutilizable y el mandato del legislador castellanomanchego para la creación de un tributo que grave el depósito en vertedero.

La cuarta y última sesión retomó lo visto el día anterior en las mesas redondas sobre «La Rioja ante la economía circular» para centrarse, esta vez, en las distintas prácticas que tienen lugar al respecto en la Comunidad Autónoma. En una amena tarde, los presentes pasaron de asistir casi virtualmente a la instalación de gestión de residuos Ecoparque de La Rioja gracias a la exposición del Gerente del Consorcio de Aguas y Residuos a adentrarse en alguno de los proyectos de *The Circular Lab*, el centro de innovación de

economía circular de ECOEMBES con la presentación de su Coordinador de innovación. Además, conocieron de la mano de su responsable el nuevo Máster Universitario en Economía Circular que a partir del próximo curso académico ofertarán conjuntamente las Universidades del Campus Iberus (La Rioja, Lleida, Pública de Navarra y Zaragoza). Por otro lado, dos funcionarios del Gobierno de La Rioja compartieron su experiencia tras su participación en las reuniones de los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea, centrándose en la agenda de medio ambiente y economía circular.

Tras estas dos extensas y fructíferas jornadas el Seminario llegó a su fin. Los encargados de su clausura fueron Alejandro Dorado Nájera, Consejero de Sostenibilidad y Transición Ecológica del Gobierno de La Rioja y Roncesvalles Barber Cárcamo, Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Rioja, quienes concluyeron enfatizando la envergadura del «reto» y del «cambio sistémico» que supone la transición hacia la economía circular.

En definitiva, el Seminario consiguió el objetivo de servir como «espacio de reflexión» en el que se compartieron los avances relacionados con la economía circular y el Derecho con intervenciones llegadas desde diversas partes del mundo y a cuyas grabaciones se puede acceder desde la página web www.unirioja.es/deriec.

BIBLIOGRAFÍA

Cass R. SUNSTEIN y Adrian VERMEULE, *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020, 188 pp.

El Estado administrativo americano corre ahora, como en los tiempos del *New Deal* de los años 30 del siglo pasado, un riesgo existencial. Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule salen en su defensa con un interesante y agudo libro en el que ofrecen una guía para «redimirlo» frente a las críticas mortales de una poderosa corriente de iuspublicistas (profesores y jueces, algunos en ejercicio en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos) que le niega su cabida en la Constitución americana. Ese riesgo existencial se presenta así por los autores:

«Desde el comienzo del siglo XXI el Derecho público americano está siendo cuestionado por un ataque fundamental, que marcha frecuentemente bajo la pancarta de la ‘separación de poderes’, contra la legitimidad del Estado administrativo» (p. 19).

Me parece que es necesario hacer alguna precisión para hacerse cargo del problema de partida.

Estado administrativo y separación de poderes

Con la expresión «Estado administrativo» quiere identificarse la estructura del ejecutivo federal que resulta del otorgamiento por las leyes del Congreso de amplísimos poderes discrecionales a órganos y organizaciones administrativas (*agencias*, en la terminología americana), poderes que comprenden tanto las facultades de dirección política de cada sector de actividad administrativa, como su regulación normativa y la potestad de decidir sobre casos concretos mediante la interpretación y aplicación de esas reglas. *Ese Estado —dicen los críticos— no tendría encaje posible en el diseño constitucional, sobre todo, de la separación de poderes*: el otorgamiento de esos expansivos poderes discrecionales a la Administración equivaldría a una transferencia de la potestad legislativa del Congreso contraria al art. 1.1 de la Constitución; algunas de las más poderosas organizaciones administrativas federales son independientes con respecto al Presidente y vulnerarían el mandato de control presidencial sobre el ejecutivo establecido en el art. 2.1 de esa norma; y con su art. 3.1, que atribuye a los jueces el poder de decir lo que es el Derecho, sería incompatible el moderno modelo de la deferencia judicial frente a la Administración en cuestiones relativas a la interpretación jurídica (pp. 1-2).

Los enemigos del Estado administrativo: el *New Coke*

Edward Coke (1552-1634) fue un juez del common-law que, según se dice, realizó una oposición heroica frente a la tiranía de los Estuardo. Ahora su nombre se utiliza como símbolo o marca (*The New Coke* es el título del capítulo primero de la obra) de una corriente de pensamiento jurídico que incluye a diversos grupos de autores que, pese a sus diferencias, tienen en común su rechazo radical al supuesto despotismo implícito en el Estado administrativo y el cuestionamiento de su legitimidad constitucional. En esa corriente se encuentran *originalistas* a los que importa la separación de poderes en el significado original de la Constitución; *libertarios* que consideran que ese Estado administrativo pone en peligro la libertad y la propiedad individuales; y otro grupo de *autores preocupados por la democracia*, que se alarman por el debilitamiento de la cadena de rendición de cuentas en el trecho que va de la ley que otorga el poder discrecional a la Administración al momento de su ejercicio por sus autoridades y funcionarios.

Para Sunstein y Vermeule no existen razones atendibles con las que cuestionar la compatibilidad del Estado administrativo con la Constitución, ni siquiera, seguramente, en el caso de que la interpretación de esta pretendiera fijarse conforme a lo que pensaba el pueblo en 1787 (p. 143). Por lo que, en concreto, se refiere a la separación de poderes, cuando el Congreso otorga por ley un poder discrecional a la Administración está ejerciendo la *potestad legislativa* que tiene constitucionalmente atribuida; y cuando la Administración desarrolla su actuación en ese ámbito, está ejerciendo el *poder ejecutivo* que le corresponde en el reparto constitucional del poder federal (p. 122). Por otra parte, quien otorga importancia a la democracia, a la libertad y al bienestar de los ciudadanos, aunque no sea un entusiasta de los análisis de costes y beneficios, tendrá que reconocer seguramente que los beneficios de la actuación administrativa con frecuencia superan con mucho sus costes (p. 143).

Pero la polarización de las opiniones es de tal calibre que se hace necesario encontrar una plataforma de entendimiento, que inevitablemente obligará a los representantes de las tesis extremas a renunciar a lo más puro de su pensamiento, para aceptar, como solución subsidiaria, un marco teórico de compromiso asumible por todos sobre el que pueda trabajarse en común (p. 37). Ese marco teórico es el que ofrecen los dos autores del libro bajo la denominación de la «moralidad interna del Derecho administrativo».

La «moralidad interna del Derecho administrativo» como *second-best solution*

Los representantes del *New Coke* (como ya se ha dicho, algunos de ellos se sientan en el Tribunal Supremo) quisieran conseguir una contundente

declaración de inconstitucionalidad (que todavía no han obtenido, p. 119) de alguna de las leyes que otorgan a la Administración esa clase de extenso poder discrecional que caracteriza al moderno Estado administrativo. Los más fervientes partidarios de este, por el contrario, estarían dispuestos a aceptar incluso una más ilimitada actuación de la Administración. *Lo que Sunstein y Vermeule proponen como second-best solution para todos es la aceptación en el sistema de Derecho administrativo de la «moralidad del Derecho» en los términos formulados por Lon L. Fuller (The Morality of Law, 1964; 2ª ed., 1969). Gran parte del libro que aquí se comenta consiste, de hecho, no solo en ofrecer esa propuesta para el entendimiento entre tesis contrapuestas, sino en demostrar, con el estudio de grupos de casos, que el Derecho judicial norteamericano relativo a la discrecionalidad de la Administración se está desarrollando sobre ese camino.*

Fuller explicó la moralidad interna del Derecho a través de la exposición de las posibles maneras en las que un rey-legislador imaginario llamado Rex fracasaría en su intento de crear y mantener un sistema jurídico: si no creara reglas, de tal manera que no quedaría más remedio que decidir los conflictos caso por caso; si no existiera transparencia, de forma que los afectados no pudieran conocer las normas que deben cumplir; si se abusa de la retroactividad; si existen cambios tan frecuentes en las normas que se impide a los ciudadanos acomodar a ellas su comportamiento; y así hasta un total de ocho maneras de fracasar en el intento de crear un sistema de Derecho, que expresan, como su reverso, ocho «*principios de legalidad*» (pp. 39-43).

Sunstein y Vermeule manifiestan cierto desdén por el análisis de la propuesta de Fuller (y de su debate con H. L. A. Hart) desde la perspectiva de la Teoría del Derecho (pp. 41-42) y la contraposición entre las doctrinas del Derecho natural y el positivismo; y adoptan el punto de vista pragmático que destaca únicamente que la idea de la moralidad del Derecho administrativo ayuda a conceder unidad a una multiplicidad de doctrinas jurisprudenciales que garantizan que el sistema funcione correctamente. Los principios de Fuller serían *deducciones lógicas del principio del Rule of Law*, el viejo ideal de un orden racional que ayuda a promover el bien común (p. 144).

Lo que se ofrece, pues, a los enemigos del Estado administrativo, a cambio de la cesión en su oposición de fondo a este, es un conjunto de garantías sustitutorias (*surrogate safeguards*) que permiten proteger los valores nucleares del *Rule of Law* que ellos consideran amenazados (p. 11); un grupo de principios que autorizan a la Administración a actuar y, al mismo tiempo, canalizan y limitan su poder. Los jueces, en parte, de forma intuitiva (p. 39), descubren en estas ideas regulativas principios fundamentales (*background principles*, p. 104) del Estado de Derecho y los aplican (por eso son ya Derecho judicial), a pesar de que su conexión con alguna regla de Derecho positivo sea,

en ocasiones, difusa o realmente inexistente (p. 89); a veces, no obstante, se invoca con esfuerzo la cláusula del debido proceso o algún precepto de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La moralidad del Derecho en la jurisprudencia de los órganos judiciales norteamericanos

Sunstein y Vermeule llevan a cabo un estudio de casos que demuestra que los órganos judiciales han exigido, en ocasiones, a los órganos administrativos que dicten *reglas antes de ejercer su discrecionalidad* caso por caso (el primer principio mencionado de Fuller); han creado conceptos relativos a los diferentes *grados de retroactividad* para prohibir, sin autorización legal expresa, los supuestos más claros de vulneración de la confianza legítima (capítulo 2: *Law's Morality, 1. Rules and Discretion*); y han articulado fórmulas que respetan el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración solo si esta se muestra *congruente en el tiempo y respetuosa con las expectativas* que ella misma genera (capítulo 3: *Law's Morality, 2. Consistency and Reliance*).

Especial atención prestan los autores a la forma en que está decidiendo el Tribunal Supremo bajo la presidencia de John Roberts, rechazando los argumentos radicales del *New Coke*, pero imponiendo a la Administración las garantías sustitutorias que proceden de un acatamiento a la moralidad interna del Derecho administrativo en asuntos relativos a la doctrina de la indelegabilidad (*Nondelegation Doctrine*) y a los márgenes de deferencia judicial con la Administración en cuestiones de interpretación del Derecho (capítulo 5: *Surrogate Safeguards in Action*). Una versión extendida de la *Nondelegation Doctrine* sostiene que el art. 1.1 de la Constitución prohíbe al Congreso otorgar por ley amplios márgenes de discrecionalidad a la Administración, salvo que esta quede limitada por un «principio (legal) inteligible» que encauce su ejercicio. El Tribunal Supremo, con una idea que parece específicamente designada para promover la moralidad interna del Derecho, está permitiendo que los órganos judiciales extraigan por vía interpretativa ese principio canalizador de la discrecionalidad (a partir del texto y el contexto de la ley) para evitar la declaración de inconstitucionalidad de leyes que aparentemente otorgan cheques en blanco a la Administración (pp. 123-124).

La doctrina sobre la *deferencia Auer* [así denominada porque fue creada en el caso *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997): los jueces deben deferencia a la interpretación por la Administración de sus propias normas] se mantiene, pero se completa con garantías adicionales: la interpretación debe proceder de órganos administrativos superiores, debe ser coherente y razonable... (p. 130). Y la doctrina sobre la *deferencia Chevron* [establecida en *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC*, 467 U.S. 837 (1984): los jueces han de ser deferentes con la interpretación que hace el órgano administrativo de la ley que aplica] ha ter-

minado convirtiéndose en una «mini-constitución» que establece un marco en el que los jueces siguen teniendo el poder de decidir si la ley otorga la facultad de su interpretación a la Administración, si la ley contiene ambigüedades y si la resolución administrativa de estas es razonable (pp. 137-138).

Comparar para entender

Si el lector de estas líneas dirige ahora la mirada al Derecho público español (o alemán, o italiano...) puede, a mi juicio, con buenos motivos, preguntarse *si es mucho lo que de todo lo expuesto admite la importación para una reflexión de Derecho comparado*. El propósito de la obra comentada es —como se ha expuesto— presentar la moralidad interna del Derecho administrativo como un conjunto de principios que pueden hacer asumible desde la perspectiva del *Rule of Law* un Estado administrativo (una Administración con poderes discrecionales expansivos de fijación de políticas, de regulación y de decisión) que no está (expresamente) previsto ni normativamente programado en la Constitución americana.

Este punto de partida es diametralmente opuesto en las constituciones de la Europa continental, más modernas que la de los Estados Unidos. *La densa «Constitución social» española contiene una detallada programación normativa del Estado administrativo*. La menor densidad de la Constitución alemana, por ejemplo, es sustituida a estos efectos, sin embargo, por la solidez de la dogmática constitucional construida en torno a la *Grundgesetz*. La práctica generalidad de los principios de la moralidad interna del Derecho administrativo que en la obra de Sunstein y Vermeule se presentan como deducciones lógicas del principio del Estado de Derecho (en su versión norteamericana) se refieren a cuestiones que caen bajo reglas o principios con los que la Constitución española programa y disciplina la actuación del Estado, también, por supuesto, del Estado administrativo.

La necesidad de un mínimo de reglas necesarias para que la Administración no tenga que resolver caso por caso (primer principio de Fuller) y la prohibición de que la ley otorgue cheques en blanco a la discrecionalidad de la Administración (*Nondelegation Doctrine*) son cuestiones evidentemente emparentadas con la disciplina constitucional de la **reserva de ley** (concepto, por cierto, que no tiene ni siquiera una fácil traducción al inglés) en materias sobre las que se proyecta la actuación administrativa. La reserva de ley en materia de regulación de la propiedad (art. 33.2 en relación con el art. 53.1 CE), o de la libertad de empresa (art. 38 en relación con el art. 53.1 CE), de prestaciones sanitarias (art. 43.2 CE), o de sanciones y reparaciones medioambientales (art. 45.3 CE), expresa la exigencia de un mínimo de reglas legales que la Constitución impone para dirigir la actividad de la Administración.

Que la Administración debe *ejercer su discrecionalidad conforme a criterios* (aunque estos sean creados por ella misma) es entre nosotros una exigencia del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE). Los límites a la intervención sobre situaciones individuales consolidadas bajo la legislación anterior y el deber de respetar la confianza legítima se han desarrollado en nuestro sistema en torno a los principios de *seguridad jurídica* y de *irretroactividad* de ciertas normas (ambos en el art. 9.3 CE). La transparencia y la congruencia en la aplicación administrativa de reglas y criterios de decisión son problemas que se sitúan en el ámbito de proyección del principio de *publicidad de las normas* y, otra vez, de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Qué deben controlar los órganos judiciales y ante qué deben ser deferentes cuando examinan decisiones (discrecionales o no) de la Administración es el objeto de la dogmática sobre la *densidad del control judicial* elaborada en torno al art. 106.1 CE. Podría seguirse con la enumeración.

Nuestro Estado administrativo no necesita una «redención constitucional» externa, porque (si se quiere continuar con la imagen religiosa) ha nacido «con todas las bendiciones» de la Constitución, que lo programa y diseña con bastante detalle, incluso con una identificación de fines o ámbitos en los que debe estar presente: intervención en la economía, vivienda, medio ambiente, protección de los consumidores, etc. (el capítulo tercero del título primero).

Nada de extraño tiene ese diferente *status* constitucional del Estado administrativo en los Estados Unidos y en España (y otros muchos países de Europa y Sudamérica) si se piensa en los dos siglos que separan sus textos constitucionales. Y también puede tenerse en cuenta el triunfo en Europa y otras partes del mundo de la concepción alemana de la Constitución como un «sistema u orden de valores» que dirigen la actuación de todo el poder público, también del administrativo; tesis desarrollada con enorme energía en los años 50 del siglo pasado en Alemania; y recibida con entusiasmo en España en los años 80.

Lo que sí puede sorprender al lector no norteamericano de este libro es que sus autores no parecen ser conscientes de estar poniendo remedio a un problema que es, fundamentalmente, solo suyo, de los Estados Unidos; al menos, planteado en los términos en que ellos lo formulan. Afirman los autores que lo que están tratando en su obra se refiere a «problemas fundamentales en muchos países. ¿Es el Estado administrativo un problema serio, constitucional o de otro tipo?» (p. 13); y manifiestan la esperanza de que el camino de solución que ellos proponen sea «prometedor tanto para los Estados Unidos como para otras naciones del mundo» (p. 18). Se queda el lector con la duda de cuáles son esas naciones en las que la legitimidad constitucional del Estado administrativo puede ser considerada como un problema serio. Ya en otro comentario a una sobresaliente obra anterior de Adrian Vermeule (*Law's*

Abnegation, 2016) (1) hice alusión a los inconvenientes de la «*autorreferencialidad*» *americana* cuando se trata de cuestiones (allí era la separación de poderes) que también han ocupado a los iuspublicistas europeos. Si se quiere hablar en nombre de otros es necesario, en primer lugar, dialogar con ellos para conocerlos.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

(1) <https://almacendederecho.org/laws-abnegation>.

ZAMBONINO PULITO, María (dir.), *Buen Gobierno y Buena Administración: Cuestiones Clave*, Madrid, Iustel, 2019.

Buen Gobierno y Buena Administración: Cuestiones Claves es una obra colectiva dirigida por María Zambonino Pulito, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz, en la que se tratan asuntos relacionados con la gobernanza desde una doble perspectiva: la del Buen Gobierno (desde un prisma gubernamental o ejecutivo) y la de la Buena Administración (desde el mero ámbito de la Administración Pública).

En el libro han participado 8 profesores e investigadores, todos ellos vinculados a la Universidad de Cádiz. La obra se estructura en dos partes, con cuatro capítulos por cada una de ellas. Los capítulos tratan temas muy diversos, relacionados con la participación ciudadana, la transparencia, las relaciones interadministrativas o el régimen de control de la Administración. Aunque los objetos de estudio son así de disímiles, todos ellos tienen en común su conexión con el concepto de gobernanza, que el diccionario de la RAE define, en su primera acepción, como el «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía».

La primera parte del libro, dedicada al Buen Gobierno, comprende los siguientes capítulos:

— En «El referéndum municipal en la legislación autonómica» el catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Cádiz Severiano Fernández Ramos estudia las previsiones que las comunidades autónomas de Andalucía, Navarra, Cataluña, Baleares y País Vasco manifiestan en materia de elecciones referendarias municipales, comparando algunos de sus caracteres y elementos configuradores como son el objeto de referéndum, su circunscripción, los períodos de exclusión, los límites a la repetición de consultas e iniciativas, así como los trámites a contemplar en el procedimiento referendario.

— En «La Transparencia y su implantación en la Administración Local» la profesora contratada doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz María Eugenia Teijeiro Lillo realiza un examen de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En concreto, la autora reflexiona sobre el grado de implantación de dicha norma en el ámbito local. Es especialmente interesante el catálogo de instrumentos que relata la autora y con el que cuentan las Administraciones Locales para la aplicación de la Ley de Transparencia en su ámbito. En primer

lugar, la Carta de Servicios (documento en el que las Administraciones informan de los servicios que gestionan y del estándar de calidad que se han marcado en su prestación). Pero también se pueden citar otros instrumentos presentes en el artículo como el Portal de Transparencia Municipal y su valoración, el Índice de Transparencia de los Ayuntamientos (que indica el nivel de transparencia de estas Entidades Locales), el Mapa InfoParticipa (plataforma que mide la transparencia y el acceso a la información del sector público a través de un proyecto de investigación liderado por la Universitat Autònoma de Barcelona), y el papel del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) como garante en la implantación y calidad de los niveles de transparencia en las Administraciones Locales. La autora considera que sería ideal que las Administraciones Locales jugasen un rol más proactivo en materia de transparencia, en lugar del papel reactivo que desempeñan con motivo de su interacción con el CTBG o con sus homólogos autonómicos.

— En «Instrumentos de Participación Ciudadana», el profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz José María Pérez Mongiód estudia las principales herramientas de participación existentes en nuestro ordenamiento, y cuya configuración ha sido desigual en las diferentes CCAA, entre las que se pueden citar Andalucía, Aragón, Cataluña, Navarra, Canarias o la Región de Murcia, como algunas de las autonomías que más previsiones legislativas han aprobado en torno a estos instrumentos. Los principales instrumentos serían, de acuerdo con el autor, los siguientes: en primer lugar, la audiencia pública, que se manifiesta como un procedimiento oral, público, en el que autoridades y ciudadanos debaten previa convocatoria sobre asuntos de interés general y anterior a la toma de decisión por parte de la Administración Pública; la encuesta, que es una consulta dirigida a la ciudadanía para recabar de esta su opinión sobre un determinado asunto en el que no existe interacción con las autoridades; el foro de participación, que constituye una reunión de un grupo numeroso y diverso de representantes sociales, que permite la deliberación, cooperación, elaboración de propuestas en un determinado campo o asunto; los paneles ciudadanos, que son espacios en la que la Administración plantea una consulta para que la ciudadanía se pronuncie sobre ese determinado asunto, aunque es el instrumento cuya conceptualización es más difusa; por último, los jurados ciudadanos, que son grupos creados por la Administración para conocer y valorar la eficacia de una acción, proyecto o programa. Además, el autor estudia a los sujetos legitimados para participar de estos instrumentos, siendo a mi parecer muy interesante la disertación a propósito de la participación de los menores de edad. También se estudia la posibilidad de participación a través de entidades ciudadanas, cuyo estudio desde mi punto de vista puede resultar especialmente útil a la luz de la escasa cultura asociativa de la que adolece nuestro país, más allá de las entidades tradicionales como son los sindicatos y colegios profesionales.

— En el último trabajo de esta primera parte, que tiene como título «La participación ciudadana no es una opción. La orientación deliberativa de los Gobiernos Locales», el profesor titular de Sociología de la Universidad de Cádiz Jacinto M. Porro Gutiérrez compara algunos aspectos de la democracia representativa y la participativa para concluir que este último sistema de gobierno es la alternativa a la crisis que, a juicio del autor, padece el modelo representativo como consecuencia de la desafección política que parece manifestar nuestra sociedad. La participación permite a los ciudadanos compartir junto con instituciones y autoridades la intervención en los asuntos públicos. El profesor estudia la evolución e implantación de los modelos de participación en las ciudades españolas y extranjeras, haciendo algunas reflexiones más específicas en torno a la figura de los presupuestos participativos, a los que considera un instrumento de participación ciudadana digno de estudio. Es bastante interesante resaltar la idea del autor de que el presupuesto participativo es capaz de mejorar la relación y la percepción de los ciudadanos con respecto a los poderes públicos, ya que considera que la administración local es un escalón territorial ideal para favorecer la participación ciudadana en los presupuestos por la clara proximidad que existe entre ambos actores. Pero el autor también alerta de que el abandono o la paralización de estos proyectos puede incrementar los conatos de desafección que separan a ciudadanos y poderes públicos.

La segunda parte del libro se refiere a la Buena Administración, y comprende los artículos que a continuación expongo:

— En «Las relaciones electrónicas entre las Administraciones Públicas», la profesora contratada doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz María Isabel Rivas Castillo trata un asunto de gran actualidad como es la entrada de las TICs en la Administración Pública y su utilidad en el logro del modelo de Administración al que aspira el art 103 CE a través de las importantes ventajas socioeconómicas de la Administración Electrónica (ahorro de recursos tanto para el interesado como para el sector público). La autora es consciente de las implicaciones de este tipo de modelo y analiza algunos de sus caracteres. Se centra primeramente en el uso de los datos que las Administraciones pueden compartir a través de las TIC, en la necesidad de promover la colaboración interadministrativa para el uso de estos datos y en la sujeción de los mismos a las previsiones en materia de Protección de Datos y de Transparencia. Desde mi punto de vista, la piedra angular de estas investigaciones se encuentra en la idea de colaboración entre Administraciones. Ello justificaría la necesidad de atender a medios electrónicos interoperables para hacer efectiva la colaboración interadministrativa (para lo que la autora expone los ejemplos del Esquema Nacional de Interoperabilidad o la Red Sara) pero también las bondades de compartir con el resto del sector público los avances tecnológicos conseguidos por la Administración como puede ser el desarrollo de apps informáticas.

— María Zambonino Pulito, directora de la obra y catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz, es la autora del artículo titulado «El interesado ante el trámite. Diversidad de posiciones desde los postulados de la buena administración». En este artículo se estudian algunas vicisitudes relativas al procedimiento administrativo y se confronta la obligación de resolver de la administración con algunos supuestos en que no ha lugar la tramitación del procedimiento. El artículo refleja el interés por comprender en qué supuestos cabe no tramitar el procedimiento, precisamente para no invertir recursos en unos trámites innecesarios y, por tanto, para mejorar la eficiencia de la Administración.

— «El régimen del control *a posteriori* de la Administración en las declaraciones responsables y comunicaciones», de Yolanda Torres Barquilla, contratada FPU en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cádiz, me ha parecido un trabajo muy recomendable. La autora analiza el régimen de control administrativo *a posteriori*, interesante por las implicaciones de las recientes transposiciones del Derecho Europeo en la materia en aras de la simplificación de los trámites para el inicio de actividades que antes requerían de autorizaciones previas. El trabajo resulta sugerente por las cuestiones abiertas que pone de manifiesto. Algunas de estas cuestiones son las de aclarar los derechos que ostentan terceras personas que pudieran resultar afectadas de una actividad sujeta a control posterior que no haya sido efectivamente controlada, así como el alcance y distribución de la responsabilidad patrimonial entre el interesado y la administración como resultado de un eventual control.

— El último capítulo de esta segunda parte, y del libro, que tiene como título «Apuntes para una actualización de la doctrina jurisprudencial sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos y la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio» estudia el conflicto entre ejecución forzosa e inviolabilidad del domicilio. Para ello, la profesora asociada de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz Mercedes Silva López aborda el concepto de domicilio y pondera derechos afectados por la ejecución forzosa como son la intimidad o los derechos de los menores que viven en ese domicilio. Valoro especialmente que la autora haya mencionado algunas herramientas como la audiencia del interesado, ya que en algunos supuestos podría dar a conocer mejor el estado de los derechos que se pueden vulnerar y ponderar en algunos supuestos la viabilidad de la ejecución forzosa en domicilio.

En conclusión, como se puede desprender de la presente reseña, *Buen Gobierno y Buena Administración: Cuestiones Claves* es una obra heterogénea en la que sus autores, profesores e investigadores de Derecho Administrativo y Sociología de la Universidad de Cádiz, tratan diversos objetos de estudio. El nexo de todos los temas presentados es el de la gobernanza, un concepto de

BIBLIOGRAFÍA

gran actualidad cuyo estudio probablemente se incrementará en los próximos años a la vista de cuantas cuestiones plantean los autores de esta obra, de ahí que la lectura de este libro pueda servir a investigadores interesados en el estudio del sector público a vislumbrar algunas de las vicisitudes presentes en el concepto de la gobernanza.

Noel ARMAS CASTILLA

Alejandro HUERGO LORA (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, 364 págs.

El volumen presenta los resultados del congreso celebrado en la Universidad de Oviedo el 25 de octubre de 2019. Trabajos de diversas disciplinas jurídicas confluyen en el análisis de los variados problemas que suscita el fenómeno de los algoritmos, que son un interesante producto de las nuevas tecnologías, inmerso como todas ellas en un constante proceso de innovación.

Particular problemática suscita el empleo por las administraciones públicas de los algoritmos predictivos. Mediante ellos se analizan grandes cantidades de datos para predecir hechos futuros. La aspiración consistiría en sustituir los criterios subjetivos en la aplicación de las normas empleando datos objetivos, de manera que puede llegar a completarse el supuesto de hecho de la norma que ha de aplicar la Administración. Las variables que cabe introducir para configurar las predicciones son amplísimas, suscitándose en algunos casos interrogantes sobre la compatibilidad con los derechos de los afectados.

En tal sentido, se ha defendido la naturaleza normativa de estos algoritmos empleados, por ejemplo, para la concesión de permisos penitenciarios o para reconocer los beneficios del llamado bono social eléctrico. Es una cuestión interesante, aunque la identificación del supuesto por vía interpretativa determinaría notables incógnitas. De ahí que parezca conveniente postular una adecuada regulación legal al menos del acceso al código fuente aplicado.

Cuestiones, por tanto, trascendentes las analizadas en el congreso de Oviedo. La presentación general del fenómeno corre a cargo del administrativista A. Huergo Lora, que aporta claridad en los conceptos y buen tino en la identificación de las grandes cuestiones implicadas. En la ponencia del mercantilista I. Farrando Miguel se advierte de los peligros del empleo de los algoritmos en el mercado de valores proporcionando análisis crítico de las soluciones establecidas. La también mercantilista M. L. Muñoz Paredes se ocupa de los riesgos derivados de su utilización en el contrato de seguro. El constitucionalista M. A. Presno Linera examina los efectos y problemas del algoritmo electoral, propugnando el desarrollo de un control jurídico del mismo. La última ponencia corresponde al administrativista G. M. Díaz González, quien se ocupa de la policía predictiva llevando a cabo una comparación de los regímenes alemán, estadounidense y español.

Se incluyen también en el volumen las comunicaciones presentadas al congreso, que versan sobre la utilización de algoritmos en relación con los grupos de interés comunitario (J. Ballina Díaz), la determinación de la solvencia

BIBLIOGRAFÍA

de las personas (J. Castañer Codina), la tributación y la lucha contra el fraude fiscal (J. García Puente), la asistencia sanitaria (G. Lazcoz Moratinos), los datos personales (J. Núñez Seoane), la contratación del sector público (A. Sánchez García), los derechos de autor (P. Vega García) y la responsabilidad civil (J. Zapata Sevilla).

Un conjunto muy estimable de aportaciones que ponen de manifiesto el buen hacer del *alma mater* ovetense y particularmente de su Facultad de Derecho, donde tantos y tan buenos colegas vienen realizando, desde hace tiempo, una magnífica labor académica. El núcleo del congreso estuvo, en efecto, liderado por profesores de esa procedencia, añadiéndose importantes colaboraciones procedentes de las Universidades Pompeu Fabra, País Vasco, Murcia y Málaga.

Fernando LÓPEZ RAMÓN