



universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2019

6  
número





universidad  
de león



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho  
Universidad de León

6

2019

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Campus de Vegazana, s/n  
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es  
Soporte técnico: journals@unileon.es  
© Universidad de León, Área de Publicaciones  
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)  
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)  
Depósito Legal: LE-196-1997  
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

## **EQUIPO EDITORIAL**

### **PRESIDENTE**

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

### **DIRECTOR**

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

### **SECRETARIA**

ISABEL DURÁN SECO. *Derecho Penal*  
Universidad de León

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **Miguel Ángel Alegre Martínez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*  
Universidad de León

### **Aurelia Álvarez Rodríguez**

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de León

### **Fernando de Arvizu y Galarraga**

*Catedrático de Historia del Derecho*  
Universidad de León

### **Romualdo Bermejo García**

*Catedrático de Derecho Internacional Público. Vicedecano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Miguel Díaz y García Conlledo**

*Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*  
Universidad de León

### **María Angustias Díez Gómez**

*Catedrática de Derecho Mercantil*  
Universidad de León

### **Isabel Durán Seco**

*Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal. Secretaria de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Juan José Fernández Domínguez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

### **Javier Fernández-Costales Muñiz**

*Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León*  
Universidad de León

### **Antonio García Amado**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*  
Universidad de León

**Piedad González Granda**

*Catedrática de Derecho Procesal*  
Universidad de León

**Pilar Gutiérrez Santiago**

*Catedrática Acreditada de Derecho Civil*  
Universidad de León

**María Josefa Marciel Briso-Montiano**

*Responsable de la Biblioteca de Derecho*  
Universidad de León

**María Teresa Mata Sierra**

*Catedrática Acreditada de Derecho Financiero*  
Universidad de León

**Marta Ordás Alonso**

*Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa*  
Universidad de León

**Paulino César Pardo Prieto**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de León

**Tomás Alberto Quintana López**

*Catedrático de Derecho Administrativo*  
Universidad de León

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo*  
Universidad de León

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Vicedecano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de León

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**José João Abrantes**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

**Stefano Bellomo**

*Ordinario di Diritto del Lavoro*  
Università di Roma Sapienza

**Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Carlos Bernal Pulido**

*Catedrático de Filosofía del Derecho*  
Macquarie Law School Sydney (Australia)

**José Manuel Busto Lago**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de A Coruña (España)

**Alfonso Luis Calvo Caravaca**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Carlos III. Madrid (España)

**Rafael Calvo Ortega**

*Catedrático Emérito de Derecho Financiero*  
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

**María Emilia Casas Baamonde**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Adoración Castro Jover**

*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco (España)

**Faustino Cavas Martínez**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho*  
Universidad de Murcia (España)

**Luis E. Chiesa**

*Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center*  
State University of New York (SUNY), (Buffalo,-EE.UU.)

**Ricardo Colín García**

*Director del CU*  
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

**Santos Coronas González**

*Catedrático de Historia del Derecho*  
Universidad de Oviedo (España)

**Mariano Cubillas Recio**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valladolid (España)

**Maty Diakhaté**

*Maitre de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG*  
Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

**Francisco Fernández Segado**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Federico F. Garau Sobrino**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**Benjamín González Alonso**

*Catedrático Emérito de Historia del Derecho*  
Universidad de Salamanca (España)

**Luis Greco**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universität Augsburg (Alemania)

**Luis Jimena Quesada**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Valencia (España)

**Gyorgy Kiss**

*Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law*  
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungary)

**Diego Manuel Luzón Peña**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

**Dionisio Llamazares Fernández**

*Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Complutense de Madrid (España)

**Pilar Maestre Casas**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca (España)

**Manuel Jesús Marín López**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

**Philippe Martin**

*Directeur de Recherche au CNRS*  
Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux (Francia)

**Inés Olaizola Nogales**

*Catedrática de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra (España)

**Joan Oliver Araujo**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**José Manuel Otero Lastres**

*Catedrático de Derecho Mercantil*  
Universidad de Alcalá (España)

**José Manuel Paredes Castañón**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Oviedo (España)

**Benjamín Rivaya García**

*Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho*  
Universidad de Oviedo (España)

**Andrés Rodríguez Benot**

*Catedrático de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

**Antonio Vicente Sempere Navarro**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo*  
Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Juan Oberto Sotomayor Acosta**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

**Gustavo Suárez Pertierra**

*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Nacional a Distancia (España)

**Marina Vargas Gómez Urrutia**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado*  
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

**Luis Antonio Velasco San Pedro**

*Catedrático de Derecho Mercantil*  
Universidad de Valladolid (España)

**Leandro Vergara**

*Catedrático de Derecho Civil*  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Javier de Vicente Remesal**

*Catedrático de Derecho Penal*  
Universidad de Vigo (España)

**EVALUADORES DE LA REVISTA**

**Henar Álvarez Cuesta**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de León

**María Jesús Ariza Colmenarejo**

*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**David Casas Agudo**

*Profesor Titular de Derecho Financiero*  
Universidad de Granada

**Juan Damián Moreno**

*Catedrático de Derecho Procesal*  
Universidad Autónoma de Madrid

**Javier Fernández-Costales Muñiz**

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León

**Paz Francés Lecumberri**

Profesora Ayudante Dr. de Derecho Penal  
Universidad Pública de Navarra

**Mercedes Fuster Gómez**

Profesora Titular de Derecho Financiero  
Universidad de Valencia

**Marta García Mosquera**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Vigo

**Yolanda García Ruíz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de Valencia

**Francisco Javier Hierro Hierro**

*Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Extremadura

**Luis Jimena Quesada**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Valencia (España)

**Leticia Jericó Ojer**

*Profesora de Derecho Penal*  
Universidad Pública de Navarra

**David Lantarón Barquín**

*Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cantabria

**Ana Leturia Navaroa**

*Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco

**Philippe Martin**

*Directeur de Recherche au CNRS*  
Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux

**María Victoria Mayor del Hoyo**

*Profesora Titular de Derecho Civil*  
Universidad de Zaragoza

**Igor Mintegui Arregui**

*Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad del País Vasco

**Mercedes Murillo Muñoz**

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Rey Juan Carlos

**Pablo Nuevo López**

*Profesor de Derecho Constitucional*  
Universidad Abat Oliba CEU

**Joan Oliver Araujo**

*Catedrático de Derecho Constitucional*  
Universidad de Islas Baleares (España)

**Marta Ordás Alonso**

*Profesora Titular de Derecho Civil*  
Universidad de León

**Albert Pastor Martínez**

*Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad Autónoma de Barcelona

**Salvador Tarodo Soria**

*Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad de León

**Raquel Tejón Sánchez**

*Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado*  
Universidad Carlos III de Madrid

**María Anunciación Trapero Barreales**

*Catedrática Acreditada de Derecho Penal*

Universidad de León

**Juan Bautista Vivero Serrano**

*Ltrado del Tribunal Supremo*

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Salamanca



# REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 6

2019

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>Página</u>
<b>A) Artículos doctrinales</b>	1-103
<b>Diego-M. Luzón Peña</b> Culpabilidad y libertad. Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort	1-46
<b>João Zenha Martins</b> Trabalho a tempo parcial. Algumas notas	47-74
<b>Paulino César Pardo Prieto</b> Cuarenta aniversario de los acuerdos con la Iglesia católica	75-103
<b>B) Comentarios de jurisprudencia y legislativos</b>	105-117
<b>Francisco Pérez Bes</b> Cuaderno de Bitácora de CiberDerecho	107-117
<b>C) Recensiones de libros y bibliografía</b>	119-126
<b>Diego Megino Fernández</b> <i>Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes</i> Susana Rodríguez Escanciano	121-123
<b>Henar Álvarez Cuesta</b> <i>Prevención de riesgos laborales y empresa: obligaciones y responsabilidades</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	125-126

<b>D) Noticias de interés jurídico-académico</b>	127-195
Actas del Curso “Claves para afrontar riesgos laborales emergentes: el futuro de la Prevención”	129-149
Relatorías del Congreso Internacional de Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica	151-164
Actas del Congreso Internacional Hispano-Brasileño: hacia una justicia más eficaz	165-195
Normas de publicación	197-200

---

**INDEX OF CONTENTS**

	<b><u>Página</u></b>
<b>A) Doctrinal articles</b>	1-103
<b>Diego-M. Luzón Peña</b> Guilt and freedom. Conference given by the sponsor of the annual promotion of the Faculty of Law on the day of the feast of St. Raimundo de Peñafort	1-46
<b>João Zenha Martins</b> Part-time work. Some aspects	47-74
<b>Paulino César Pardo Prieto</b> Fortieth anniversary of the Catholic Church Agreements	75-103
<b>B) Jurisprudence and legislative comments</b>	105-117
<b>Francisco Pérez Bes</b> Cyber Law Logbook	107-117
<b>C) Book records and bibliography</b>	119-126
<b>Diego Megino Fernández</b> <i>Digital labor rights: guarantees and questions</i> Susana Rodríguez Escanciano	121-123
<b>Henar Álvarez Cuesta</b> <i>Occupational and business risk prevention: obligations and responsibilities</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	125-126

	<b><u>Página</u></b>
<b>D) News of legal and academic interest</b>	127-195
Proceedings of the Course “Keys to face emerging labor risks: the future of Prevention”	129-149
Rapporteurships of the International Congress of Probationary exclusions in the field of electronic research and testing	151-164
Proceedings of the Spanish-Brazilian International Congress: Towards a more effective justice	165-195
Guide to getting published	197-200

## A) ARTÍCULOS DOCTRINALES



## CULPABILIDAD Y LIBERTAD\*

**Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-M. Luzón Peña**

diegom.luzon@uah.es

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alcalá, Madrid  
Presidente de honor de la FICP ([www.ficp.es](http://www.ficp.es))

Recibido: 01/05/2019 – Aceptado: 01/05/2019

### Resumen

Es permanente la discusión de si es posible un concepto de culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad del sujeto o si por el contrario no se puede mantener tal concepto de culpabilidad porque la libertad humana no existe o no es demostrable en el caso concreto. Esta última posición, defendida siempre por los deterministas, se refuerza en los últimos tiempos por las tesis de las neurociencias. El trabajo rechaza estas posiciones, que afirman que la actuación del hombre está sometida, como todo en la naturaleza, a la ley de la causalidad ciega y que es un espejismo creer que podemos tomar racionalmente decisiones libres; y defiende por el contrario la posibilidad y conveniencia de que la culpabilidad como último elemento del delito se entienda como reprochabilidad basada en la libertad del hombre en condiciones normales. Pues el Derecho y la Constitución en España como en tantos otros países parten de la libertad humana y el libre desarrollo de la personalidad como axioma o aserto jurídico indiscutible, que a su vez se basa en la autoconciencia que las sociedades y los individuos tienen de sí mismos como seres libres y responsables.

■ **Palabras-clave:**

Culpabilidad; Responsabilidad;  
Libertad; Determinismo;  
Neurociencias

### Abstract

■ **Keywords:**

Guilt; Liability; Freedom;  
Determinism; Neurosciences

Permanent is the discussion whether a concept of guilt as reproachability or reprehensibility based on individual's freedom is possible, or, on the contrary, such a concept of guilt cannot be maintained because human freedom doesn't exist or is impossible to prove in each particular case. The latter opinion, always defended by determinists, is reinforced in recent times by the points of view of neurosciences. This paper rejects this opinions, which assert

---

\* El presente artículo es una versión mucho más amplia y anotada de la conferencia invitada por la Facultad de Derecho de la Univ. de León que pronuncié con motivo de la festividad patronal de San Raimundo de Peñafort el 18 de enero de 2019 en el aula magna del edificio El Albéitar, sede del Rectorado de la Universidad.

that human behaviour is, same as everything in nature, subjected to the law or principle of blind causality, and that it is an illusion to believe that we can rationally make free decisions; it defends, on the contrary, the possibility and opportunity of understanding guilt, as the last element of crime, as reproachability based on human freedom in normal conditions. Then Law and Constitution in Spain, same as in so many other countries, start from human freedom and free development of personality as indisputable legal axiom or assertion, which is itself based on the self-conscience that societies and individuals are free and responsible beings.

## Zusammenfassung

Es wird ständig thematisiert, ob ein Schuldbegriff als auf die Freiheit des Subjekts gestützte Verwerflichkeit möglich ist, oder ob ein solcher Begriff nicht vertreten werden darf, weil die menschliche Freiheit nicht existiert bzw. in dem konkreten Fall nicht beweisbar ist. Diese letzte, von den Vertretern des Determinismus verteidigte Meinung wird in der letzten Zeit durch die von den Neurowissenschaften formulierten Thesen verstärkt. Der vorliegende Beitrag lehnt solche Thesen ab, die zum Inhalt haben, das menschliche Verhalten sei wie alles in der Natur dem Gesetz der blinden Kausalität unterworfen, und es sei eine Fata Morgana zu behaupten, dass die Menschen rationale Entscheidungen treffen dürfen. Dagegen wird hier vertreten, dass es möglich und angebracht ist, die Schuld als letztes Merkmal des Verbrechens als auf die Freiheit des Menschen unter normalen Bedingungen gestützte Verwerflichkeit zu verstehen. Denn sowohl die Rechtsordnung als auch die Verfassung in Spanien wie auch in vielen anderen Staaten gehen von der menschlichen Freiheit sowie der freien Entfaltung der Persönlichkeit als Axiom oder indiskutablen rechtlichen Ansatz aus, der sich seinerseits auf das Selbstbewusstsein stützt, das die Gesellschaften und die Individuen von sich selbst als freie und verantwortliche Wesen haben.

### ■ Schlüsselwörter:

Schuld; Verantwortlichkeit;  
Freiheit; Determinismus;  
Neurowissenschaften

I. Introducción – II. Evolución histórica de la culpabilidad y concepciones actuales: 1. Concepción psicológica de la culpabilidad; 2. Concepción normativa de la culpabilidad: reprochabilidad, libertad, exigibilidad; 3. Negadores o negacionistas: posiciones negadoras de la culpabilidad; 4. Panorama actual: concepción normativa y otras concepciones: a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas; b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad; c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos: 1) Normalidad, motivabilidad o determinabilidad (y prevención); 2) Accesibilidad normativa: ¿criterio empírico o normativo?; d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos: 1) Poder actuar de otro modo o libertad de decisión: a') Posiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión; b') Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad; c') Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad; 2) Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: Roxin: a') Posiciones iniciales; b') Posición actual; c') Accesibilidad normativa como culpabilidad – III. Posición personal: reprochabilidad jurídica-penal individual y valoraciones normativas: 1. La reprochabilidad jurídica-penal individual y sus bases; 2. Libertad: fundamento empírico y normativo. Libertad como presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma: a) La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales; b) Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias; c) Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales; d) La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas; e) La libertad como aserción normativa o axioma normativo; f) Base de la culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales; g) La exclusión o restricción de la

libertad en condiciones o situaciones anormales; 3. Accesibilidad y determinabilidad normal por la norma, su presupuesto cognitivo: la posibilidad subjetiva (incluyendo imputabilidad) de conocimiento de la antijuridicidad y de los presupuestos de la prohibición; 4. Exigibilidad penal individual desde valoraciones normativas

## I. INTRODUCCIÓN

Algunos ejemplos y las preguntas que suscitan pueden servir como punto de partida para ilustrar la cuestión básica del fundamento de la culpabilidad como último gran elemento del delito, la de si se puede aceptar la libertad de decisión y consiguiente responsabilidad del ser humano normal como base de la culpabilidad entendida como reprochabilidad o si por el contrario tal libertad no existe o al menos es absolutamente indemostrable y ello debe conducir, o bien a negar el elemento de la culpabilidad (y como consecuencia más coherente, aunque no todos la extraen, a negar la legitimación de la pena como respuesta a un ilícito que no es culpable y sustituirla por medidas de seguridad), o bien a concebir de otra manera y reformular la culpabilidad prescindiendo de la reprochabilidad.

Un jefe político, militar o de una banda armada planifica y ordena la ejecución de crímenes contra la humanidad o de un genocidio por motivos raciales, étnicos o religiosos; un empresario realiza importantes fraudes patrimoniales o defraudaciones a Hacienda; un particular y un funcionario acuerdan cometer cohecho para obtener cada uno el correspondiente beneficio económico. Fuera del delito: un político actúa de modo muy nocivo y engañando y mintiendo a conciencia, etc. (actuación ético-socialmente negativa o reprobable); una persona dedica gran parte o incluso toda su vida y energías a ayudar y cooperar con seres o poblaciones necesitados (actuación ético-socialmente positiva o plausible); un ciudadano que quiere comprar una casa, tras examinar cuidadosamente múltiples ofertas de viviendas y los pros y los contras de su situación, tamaño, precio y de sus necesidades y capacidades económicas, toma la decisión de comprar una vivienda que considera que es la que mejor se ajusta a todas esas condiciones (actuación lícita de importantes repercusiones personales, familiares y negociales, pero en principio éticamente neutra). En ninguno de estos casos se constata ninguna alteración o anomalía en las facultades psíquicas o en la situación del sujeto.

¿Tienen razón la sociedad –la gran mayoría de los ciudadanos– y en su caso el Derecho, que consideran que todos esos sujetos han decidido y actuado libremente y que por ello merecen un reproche jurídicopenal y ser considerados culpables los que por motivaciones egoístas o bajas han cometido esos delitos, o un reproche social, ético y cívico el político que se ha comportado de modo indeseable, o que merecen alabanza y admiración quienes se comportan de modo tan altruista o quienes han llevado a cabo una compraventa de modo tan racional y responsable?. ¿O por el contrario están equivocados la sociedad y el Derecho al sostener esas concepciones y valoraciones, porque, como sostienen otras posiciones, las deterministas, apoyadas recientemente por la opinión mayoritaria en las neurociencias, es un puro espejismo o fantasía la creencia social y humana en la libertad de voluntad, ya que todos los

actos del ser humano, como ocurre en el resto de la naturaleza, están totalmente determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controla en absoluto?, y por tanto ¿a ninguno de los delincuentes citados ni al político nocivo se les podrá reprochar nada, ni a los que realizan acciones positivas se les debería hacer ninguna alabanza, ya que en ambas situaciones los sujetos que las realizan son meros ejecutores de impulsos inconscientes y factores causales que no controlan, sino que los determinan y manejan a ellos como títeres en manos del destino o del azar?. ¿O estará equivocada la concepción social y jurídicamente dominante porque, como sostienen otras posiciones, en todo caso es empíricamente indemostrable la libertad de cada sujeto en el caso concreto y la consecuencia de ello debe ser que no se debe manejar un concepto de culpabilidad como posibilidad de reprochar al sujeto su hecho, y por ende tampoco se debería considerar digna de alabanza personal la actuación positiva que no sabemos si se debe o no a una decisión libre?

Anticipo mi respuesta: Sería sorprendente que la mayoría de la sociedad y de los humanos estén totalmente equivocados y no se pueda reprochar nada a quienes han cometido fríamente por intereses egoístas o de poder esos hechos delictivos, o esa actuación política nociva o indeseable, y que no tenga sentido alabar, o incluso premiar o primar, a quienes han decidido actuar de modo valioso y positivo. El concepto jurídico-penal de culpabilidad puede y debe partir de las convicciones sociales mayoritarias sobre la libertad de los seres humanos en condiciones normales, porque como veremos tienen una indiscutible base racional y empírica y porque por todo ello están reflejadas en los valores y principios básicos de la Constitución y del Derecho.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CULPABILIDAD Y CONCEPCIONES ACTUALES

Igual que el resto de la teoría general del delito, la culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX en su concepto, contenido y caracterización, y actualmente hay una gran divergencia de concepciones, coexistiendo una concepción mayoritaria de la culpabilidad, la normativa, con otras concepciones muy distintas. De todas ellas voy a seleccionar a continuación sólo las concepciones que guardan mayor relación con la polémica sobre la libertad de decisión y actuación como fundamento de la culpabilidad.

### 1. Concepción psicológica de la culpabilidad

Como es sabido, en el inicial concepto clásico de delito elaborado en el último tercio del s. XIX y defendido por BELING o VON LISZT como principales representantes, como consecuencia de la influencia del pensamiento analítico propio de las ciencias naturales en la orientación del concepto general de delito, se defiende la denominada “concepción psicológica” o concepto psicológico de la culpabilidad, y éste llevaba sobreentendida la premisa de la libertad. La *culpabilidad*, que es la sede donde se sitúa todo lo *subjetivo*, se concibe como elemento puramente *descriptivo*, *fáctico*,

concretamente como comprobación de un nexo o relación psíquica (sin valorar nada). Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. La diversa intensidad de ese nexo de unión da lugar a las formas de la culpabilidad: el dolo y la imprudencia (o culpa). En caso de dolo (que mayoritariamente se entiende como *dolus malus*<sup>1</sup>) el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado); mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general –para los delitos de mera conducta–, no quiere realizar el hecho típico, pero pese a todo se ve la relación, según unos, en que quiere la acción en sí (voluntad), o, según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico (conocimiento o previsión o al menos cognoscibilidad, previsibilidad)<sup>2</sup>. Como presupuesto de esas formas de culpabilidad se exige la imputabilidad, es decir, capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica, que generalmente se considera (expresamente o se da por sentado) que suponen también la libertad del sujeto, el poder actuar de otro modo. Y por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, error, etc. podrían graduar o excluir la culpabilidad.

## 2. Concepción normativa de la culpabilidad: reprochabilidad, libertad, exigibilidad

Para la concepción normativa de la culpabilidad, formulada en las primeras décadas del siglo XX y que se ha convertido en teoría dominante, la culpabilidad es la “reprochabilidad” (“*Vorwerfbarkeit*”) del hecho al sujeto, la posibilidad de hacerle a éste un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Es FRANK quien en 1907 idea el concepto de reprochabilidad<sup>3</sup> (posibilidad de reprochar al sujeto por haber emprendido el hecho) como caracterización de la

---

<sup>1</sup> O sea, dolo con conocimiento no sólo de los elementos típicos, sino también de la antijuridicidad o prohibición de la conducta; ello salvo para posiciones minoritarias en la doctrina penal, no tanto en la jurisprudencia, que consideraban irrelevante el error de Derecho.

<sup>2</sup> Así, con unos u otros matices, ya desde v. BURI, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, 15-29, exigiendo nexo de voluntad, que en la culpa (p. 28) es el “querer del no querer”, “voluntad de no querer procurarse la necesaria ilustración sobre las circunstancias”; v. LISZT, Lehrbuch, 1.ª 1881, 105 ss., el dolo y la imprudencia son las dos especies o formas de la culpabilidad: el dolo es la voluntad como origen de una acción acompañada de la representación de la causalidad de la misma (p. 108), y la imprudencia es la voluntad como origen de una acción no acompañada de la representación de su causalidad pero dejando de lado el cuidado necesario y con previsibilidad de la causalidad (p. 117). Cfr. sobre ambos ampliamente ACHENBACH, Historische und dogmatische Grundlagen, 1974, 37 ss.

<sup>3</sup> FRANK, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, 11-14. En p. 12 destaca que ello requiere tres elementos: 1) la disposición espiritual normal del sujeto, 2) la relación psíquica concreta del sujeto con el hecho o la posibilidad de tal relación (dolo o imprudencia) y 3) la disposición normal de las circunstancias en que obra el sujeto.

culpabilidad, según la cual la culpabilidad es el elemento que permite hacer un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho; porque, por mucho que haya dolo en un hecho, o sea plena conexión psíquica con el acto, éste no es culpable si no le es reprochable al disculparse por un estado de necesidad o por inimputabilidad<sup>4</sup>. Por tanto, en resumen criticaba a la concepción psicológica porque puede haber casos de pleno nexos psíquico de unión con el hecho y sin embargo faltar la culpabilidad. A esa crítica a la teoría psicológica de la culpabilidad se le suma por muchos autores la crítica de que tal teoría no es capaz de explicar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, donde no hay nexos psicológico<sup>5</sup> y sin embargo es culpable por ser reprochable.

Tal concepto normativo de la reprochabilidad, que evidentemente parte de la premisa de la libertad o poder actuar de otro modo<sup>6</sup> del sujeto, es desarrollado, como es conocido, por GOLDSCHMIDT, que destaca que lo que importa no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche<sup>7</sup>, y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*, o sea infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna) y en la exigibilidad (*Zumutbarkeit*)<sup>8</sup>; y por FREUDENTHAL, que amplía el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) de conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces legal) de exclusión de la culpabilidad<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, 6 ss.

<sup>5</sup> Crítica formulada ya por RADBRUCH, *ZStW* 24 1904, 338 ss., y muy repetida después.

<sup>6</sup> Premisa sobreentendida en el propio concepto de reprochabilidad empleado por FRANK y GOLDSCHMIDT, y formulada expresamente como punto de partida por FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, 25; posteriormente FRANK, *StGB*, 18.<sup>a</sup>, 1931, antes del § 51 II, relaciona expresamente la reprochabilidad con la “libertad”. En la doctrina alemana se utiliza, más aún que el concepto de “libertad de voluntad” (“*Willensfreiheit*”), como equivalente el término “poder actuar de otro modo” (“*Anders-handeln-können*”); pero también la expresión “poder para ello” o “poder al respecto” (“*dafür-können*”), que en alemán es exactamente sinónimo de ser culpable, y a la inversa, no tener poder para ello o no poder hacer nada al respecto equivale a no ser culpable: “*er kann nichts dafür*”, que literalmente es “él no puede (hacer) nada al respecto” (o no tiene poder para ello), se traduce también como “él no tiene la culpa o no es culpable de ello”. WELZEL, *Lehrbuch*, 11.<sup>a</sup>, 1969, 140, señala que él mismo (*ZStW* 60 1941, 456) con su teoría final de la acción precisó el objeto de la reprochabilidad, “enlazando con una larga tradición filosófica y jurídica, como el ‘poder para ello, poder al respecto’ (‘*Dafür-Können*’) de la persona por su antijurídica formación de la voluntad”.

<sup>7</sup> GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* IV 1913, 161; FG-Frank, I, 1930, 432.

<sup>8</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* IV 1913, 129 ss. (en 162 ss. se refiere al estado de necesidad ante peligro para la vida, en el que el ordenamiento no exige el heroísmo); FG-Frank, I, 1930, 428 ss.

<sup>9</sup> Cfr. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, *passim*; tb. GOLDSCHMIDT, FG-Frank, I, 1930, 428 ss., 442. Partiendo de que el poder individual del sujeto, de si había estado en situación y condiciones de actuar de otro modo, o sea conforme a las exigencias del Derecho, es presupuesto de la posibilidad de reproche, FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922, 25 ss., sostiene que no es reprochable y no merece pena “quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión”, bien por peligros para la existencia económica y social o por coacción amenazante que fuerza a infringir la norma, o, dicho en

A partir de entonces la **teoría normativa de la culpabilidad se convierte en totalmente mayoritaria** en Alemania y fuera de ella y continúa siéndolo, aunque con muchas variantes en la concreta formulación de su fundamento o fundamentos y en cuanto al alcance de la exclusión de la reprochabilidad por inexigibilidad u otros motivos, y por supuesto, con diversidad de concepciones en cuanto al contenido de la culpabilidad, o sea de los elementos que fundamentan la reprochabilidad, que varían.

### 3. Negadores o negacionistas: posiciones negadoras de la culpabilidad

Ya desde el siglo XIX ha habido posiciones negadoras del concepto mismo de culpabilidad, que por tanto han sostenido un concepto de delito o crimen sin culpabilidad. Los negadores o “negacionistas” (de lo que la mayoría de la sociedad considera evidente) se basaban en la concepción filosófica defensora del determinismo frente al indeterminismo, esto es, la negación de la libertad de decisión o libre albedrío humano, la idea de que el ser humano no es libre en su actuación, sino que obra siempre determinado por factores externos o incluso condicionantes internos que lo motivan, aún más, lo determinan a actuar de un modo y no de otro, y ello incluso aunque el sujeto crea que actúa libremente. Si esto es así, no habrá culpabilidad no sólo en los supuestos de anomalías psíquicas o motivacionales o de inmadurez del sujeto, sino tampoco en los casos que abreviadamente denominamos de normalidad, en las que a lo sumo se afirmará que en el delincuente hay atribuibilidad, o personalidad peligrosa o preocupante, o responsabilidad subjetiva por razones de necesidad de prevención, pero no culpabilidad moral ni jurídica del sujeto. A la misma posición llega también otro sector de la ciencia penal que no toma partido por la polémica filosófica entre determinismo e indeterminismo, pero aduce que, aun no sabiendo si el hombre es libre o no, científicamente no es demostrable y verificable la libertad del sujeto en el momento concreto de delinquir y por tanto no se puede sostener un elemento o requisito del delito basado en algo científicamente indemostrable como es la libertad del delincuente para poder haber obrado de otro modo. La consecuencia es prescindir asimismo de la pena como castigo como reacción frente al delito culpable y sustituirla por un Derecho de medidas preventivas (Derecho penal sin culpabilidad y sin penas), o mantener formalmente la pena pero sin connotación de castigo justo por la culpabilidad y concebida materialmente con la misma función preventiva –sobre todo preventiva especial– que las medidas de seguridad (Derecho penal sin culpabilidad y con penas-medidas).

En la doctrina más moderna, a lo largo del siglo XX, ha habido diversas posiciones que, o bien niegan la libertad de voluntad humana desde una óptica determinista o al menos afirman que científicamente la libertad es indemostrable en el sujeto y momento concreto del delito y por ello, o bien rechazan la culpabilidad y mantienen un concepto de delito sin culpabilidad o, como veremos *infra* II 4 a, mantienen el elemento pero sustituyen el nombre de culpabilidad por otros, o finalmente propugnan un concepto de culpabilidad basado en datos empíricos, generalmente preventivos,

---

otros términos (7 ss.), falta el poder y con ello el reproche de culpabilidad cuando para no cometer un delito “habría hecho falta una fuerza y capacidad de resistencia como normalmente no se puede exigir a nadie”.

como la normalidad y la necesidad de prevención, y absolutamente ajeno a la idea de reproche normativo (ciertamente estas posiciones ya no son negacionistas o negadoras de la culpabilidad); y como consecuencia, o bien defienden la eliminación de la pena y su sustitución por medidas de seguridad<sup>10</sup>, de finalidad puramente preventivo-especial, o bien mantienen un concepto de “pena sin culpabilidad” (así ELLSCHEID/HASSEMER en su trabajo del mismo título<sup>11</sup>) o en cualquier caso una pena puramente preventiva sin ningún matiz de reproche, justicia y retribución<sup>12</sup>.

#### 4. Panorama actual: concepción normativa y otras concepciones

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX y en la actualidad se ha ido configurando un panorama en la doctrina científica sobre la culpabilidad, que en lo sustancial confirma lo que ya sucedía en etapas anteriores: no hay unanimidad en el concepto de culpabilidad, y aunque es muy mayoritaria la concepción normativa de la reprochabilidad, por una parte dentro de ésta se han desarrollado diversas fundamentaciones materiales que explican la reprochabilidad, y por otra parte la concepción mayoritaria coexiste con nuevas concepciones alternativas.

##### a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas

La gran mayoría de la doctrina mantiene el nombre de culpabilidad para el último gran elemento del delito, tanto los partidarios de la mayoritaria concepción normativa, como también muchos entre los defensores de concepciones alternativas sobre la culpabilidad distintas de su entendimiento como reprochabilidad<sup>13</sup>. Sin embargo,

<sup>10</sup> Así la corriente de la “defensa social”: GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, 1961, 41 ss.

<sup>11</sup> ELLSCHEID/HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, 1975, 266 ss.

<sup>12</sup> En este sentido (además de las posiciones que sustituyen el concepto de culpabilidad por otros: *infra* a) cfr. p. ej. BAUER, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957, 17 ss.; DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1969, 4.<sup>a</sup> 1977, 190 ss., *passim*; PLACK, *Plädoyer*, 1974; BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, en Lüderssen/Sack (eds.), *Seminar: Abweichendes Verhalten*, IV, 1980, 196 ss.; KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, 1982. Una amplia exposición crítica de estas posiciones, especialmente de las de Baurmann y Kargl, en ROXIN, *AT I*, 4.<sup>a</sup> 2006, § 19/51-53; *PG I*, 1997, §19/43-45.

<sup>13</sup> Así p.ej. mantienen la denominación de culpabilidad, dentro de quienes optan por su entendimiento como capacidad de motivación, normalidad o motivabilidad normal conectado con la prevención, MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 314 ss.; *III Jornadas*, 1976, 223 ss.; *GA* 1978, 65 ss., 73 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 8.<sup>a</sup>, 2010, 349 ss., 354 ss.; MIR, *Intr*, 1976, 155 ss.; *PG*, hasta la 3.<sup>a</sup> ed., 1990, 573 ss. (abandona la denominación desde la 4.<sup>a</sup>, 1996); LUZÓN PEÑA (en mi anterior posición), *Aspectos esenciales de la leg. defensa*, 1978, 221 s., 243 s.; *Medición de la pena*, 1979, 21, 38 s., 44 ss.; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; *PG I*, 1.<sup>a</sup>, 1996, 51 s., 59; GÓMEZ BENÍTEZ, *TJD*, 1984, 439 ss., que, aunque tb. habla de reprochabilidad individual, muestra su simpatía (449 ss.) por la motivabilidad. También mantienen el concepto de culpabilidad desde sus concepciones preventivas JAKOBS, *AT*, 2.<sup>a</sup>, 1991 [*PG*, 1997], 17/1 ss., y ROXIN, *AT*, 4.<sup>a</sup> 2006 [(*PG I*, 1997), § 19 ss., aunque como veremos a la “culpabilidad” (accesibilidad normativa) le añade la “responsabilidad”.

también hay posiciones que prefieren denominar a este elemento del delito con otra denominación, como responsabilidad, imputación personal, individual o subjetiva o atribuibilidad<sup>14</sup>, precisamente para buscar un concepto neutro, que no implique la carga de reproche, no ya ético, sino ni siquiera jurídico.

### **b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad**

Las diversas concepciones del último gran elemento del delito que coexisten actualmente, con el nombre de culpabilidad o con otro distinto, no sólo divergen sobre la caracterización formal de ese elemento, empezando por la primera gran toma de posición de si se parte de su concepción como reprochabilidad o se rechaza ésta y se busca otra caracterización distinta, sino que sobre todo son distintas en cuanto a cuáles son los presupuestos materiales que fundamentan la apreciación de culpabilidad (o responsabilidad o imputación personal), es decir, sobre lo que se denomina el “concepto material de culpabilidad”. Y éste puede fundamentarse de modo distinto, como veremos, incluso aunque se mantenga la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad.

En cualquier caso, sobre el concepto material de la culpabilidad<sup>15</sup> se mantienen fundamentaciones de carácter fáctico o empírico frente a otras de carácter normativo, bien valorativo o bien teleológico, no sólo las diversas fundamentaciones de la reprochabilidad, sino también otras diferentes.

---

<sup>14</sup> Así MIR, PG, desde la 4.ª ed., 1996 hasta la actual (8.ª, 2008), 20/1 ss. sustituye culpabilidad por “imputación personal” y culpable por personalmente imputable; GIMBERNAT, en VVAA, Problemas actuales, 1971, 89 ss.; El sistema, ACJ 1971-72, 276 ss. = Estudios, 1976, 93 ss.; El estado de necesidad, Estudios, 1976, 114 s., sin llegar a cambiar la denominación, realmente no la compartía, refiriéndose a ella como “lo que llamamos culpabilidad”, pues materialmente propone renunciar a la culpabilidad por entender que se basa en el indemostrable libre albedrío y sustituirla por los criterios preventivos. ROXIN desde 1974: “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, FS-Henkel, 1974, 171 ss. = “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídicopenales, en Problemas básicos (trad. Luzón), 1976, 200 ss.; Culpabilidad y prevención en DP, trad. de Muñoz Conde (y de Luzón el artículo cit.), 1981, comienza a hablar de “responsabilidad” al lado de culpabilidad, y en algunos trabajos engloba todo en la “responsabilidad” y casi prescinde de la culpabilidad (en cambio en su AT I, de la 1.ª ed. 1991, a la 4.ª 2006 [PG I, 1997], a partir del § 19 vuelve a hablar de modo bipartito de “culpabilidad y responsabilidad”); GÓMEZ BENÍTEZ, TJD, 1984, 437 ss. habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y en 453 de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor”, de “juicio de imputación subjetiva”; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.ª 1986, 281 ss., denominan “atribuibilidad” a este elemento del delito, diciendo la rúbrica del Cap. XIII (p. 281) “Atribuibilidad (culpabilidad)”. Yo mismo en la anterior ed. (LUZÓN PEÑA, PG I, 1996) sí mantenía el término culpabilidad, pero decía que (51) “podemos definirla ahora ... con una noción neutra, como atribuibilidad o responsabilidad” y hablaba (56) de “culpabilidad como situación de responsabilidad normal del sujeto”.

<sup>15</sup> Cfr. sobre este “concepto material de culpabilidad” MUÑOZ CONDE, GA 1978, 65 ss.; TORÍO, CPC 1988, 759 ss.; CEREZO, ZStW 108 1996, 9 ss.; ROXIN, AT, 4.ª 2006 [(PG I, 1997], § 19/18 ss.

### **c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos**

Igual que en su momento la concepción psicológica de la culpabilidad la basaba claramente en un fundamento fáctico, la voluntad, la conciencia o la posibilidad de ellas como elementos psicológicos internos del acto del sujeto, algunas de las concepciones modernas de la culpabilidad (o concepto equivalente) se basan no en un criterio normativo, sino en un fundamento fáctico, empírico, experimentalmente constatable de la situación individual del sujeto que permite atribuirle el hecho. Así sucede con las fórmulas de la normalidad o motivabilidad del sujeto y esa es también en principio la orientación de la concepción roxiniana de la accesibilidad.

#### **1) Normalidad, motivabilidad o determinabilidad (y prevención)**

Diversas posiciones en la época moderna acuden a la posición que desde una perspectiva determinista, rechazando la libertad, sostuvo VON LISZT<sup>16</sup> de que la base material de la “responsabilidad”, como equivalente a la imputabilidad y la culpabilidad, es la “determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos”<sup>17</sup> (entre otros las amenazas penales) y que no hay imputabilidad y culpabilidad en quien reacciona a los motivos de modo anormal, distinto al hombre medio normal<sup>18</sup>. Esas ideas, determinabilidad, normalidad, posibilidad de motivación, se manejan por algunos en la dogmática alemana, tanto por deterministas como por indeterministas, desde los años 60, y desde los 70 en la dogmática española por deterministas o al menos contrarios a basar la culpabilidad en la libertad. La posibilidad o capacidad individual de determinación por motivos o de motivación, o al menos de motivación normal, es un concepto se supone que empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica (des)valoración normativa. Por otro lado, en gran parte de estas formulaciones esa fundamentación empírica o sociológica de la culpabilidad (o concepto equivalente) va unida a una fundamentación adicional en la prevención: en caso de posibilidad de determinación, motivabilidad o normalidad del sujeto la pena es necesaria para la prevención, mientras que es innecesaria a efectos de prevención si no hay posibilidad de determinación o motivabilidad o no hay en absoluto motivabilidad normal; y se discute sólo si eso sucede tanto en la prevención general como especial o únicamente en la prevención general.

Así en la doc. alemana a partir de los años sesenta: BOCKELMANN fundamenta la culpabilidad en que la persona sea normal y tenga íntegra, no destruida, la adecuación

<sup>16</sup> Ello no era incompatible con el hecho de defender el concepto psicológico de culpabilidad (v. *supra* n. 2). Y posteriormente v. LISZT, seguido por sus discípulos, defendió la concepción de culpabilidad por el carácter o peligrosidad del sujeto: así ya LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, 159 ss.; v. LISZT, *Lb*, 14.<sup>ª</sup>/15.<sup>ª</sup>, 1905, 157 s.; RADBRUCH, *ZStW* 24 1904, 333 ss., 344 ss.; ROSENFELD, *ZStW* 32 1911, 470 ss.; GRÜNHUT, *MSchrKrim* 1926, Beiheft 1 (FG-Aschaffenburg), 87 ss. Destaca que esta corriente caracterológica es sustentada por discípulos de v. LISZT como RADBRUCH, EB. SCHMIDT, KOHLRAUSCH o GRÜNHUT (con cita sólo de este último) ROXIN, *AT I*, 4.<sup>ª</sup>, 2006 [PG I, 1997], § 6/5.

<sup>17</sup> v. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge*, II, 1905, 48, 86.

<sup>18</sup> Así v. LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge*, II, 1905, 43 ss., 85 ss., 218 s.

a sentido de su actuación, porque el normal por regla general se puede motivar por los imperativos jurídicos y, aunque él rechaza el libre albedrío, considera que la “motivabilidad normal” se puede concebir a su vez indistintamente como basada en la libre decisión o a su vez determinada<sup>19</sup>, posición en la que le sigue ROXIN, que afirma que esto no es más que afinar el pensamiento de V. LISZT<sup>20</sup>; igualmente NOLL entiende que la culpabilidad requiere motivabilidad por normas<sup>21</sup>. Desde una perspectiva no determinista ARMIN KAUFMANN entiende la culpabilidad como la capacidad del sujeto para motivarse de acuerdo con la norma<sup>22</sup>, concepto que es seguido y desarrollado ampliamente como capacidad de autodeterminarse o dejarse motivar o motivarse por la norma en la doctrina portuguesa por FIGUEIREDO DIAS desde una defensa del libre albedrío<sup>23</sup>; en cambio desde una perspectiva determinista y contraria incluso a la culpabilidad, BAURMANN propone sustituirla por la accesibilidad normativa, el criterio defendido por ROXIN, como algo empíricamente constatable y que identifica con la motivabilidad<sup>24</sup>.

De modo similar, en la doctrina española a partir de los años setenta se sustentan posiciones similares desde el rechazo o al menos la imposibilidad de comprobación de la libertad o libre albedrío del sujeto: GIMBERNAT sostiene<sup>25</sup> que, frente al tipo y la antijuridicidad, donde se trata de lo que el Derecho penal quiere o no prohibir a la generalidad, en la “culpabilidad” se trata de si se puede o no motivar al sujeto concreto y por tanto ésta es la posibilidad de motivarse o motivabilidad; como fundamento

---

<sup>19</sup> BOCKELMANN, ZStW 75 1963, 372 ss., 380 ss., 384.

<sup>20</sup> ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 51; Problemas básicos, 1976, 53; Culpabilidad y prevención en DP, 1981, 172.

<sup>21</sup> NOLL, FS-H. Mayer, 1966, 223 ss.

<sup>22</sup> ARM. KAUFMANN, FS-Eb. Schmidt, 1961, 321; igualmente Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, 212 ss., entiende la culpabilidad como capacidad de motivarse por la norma y por ello reprochabilidad.

<sup>23</sup> Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Liberdade. Culpa, 2.<sup>a</sup>, 1983, 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); en PG I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 522 ss., insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter, al decir (524) que la elección de la acción concreta “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser... El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

<sup>24</sup> V. BAURMANN, en Lüderssen/Sack (eds.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, 238; Zweckrationalität, 1989, 294, 302; tb. KARGL, Kritik des Schuldprinzips, 1982, 246, identifica la accesibilidad normativa de Roxin con motivabilidad. cfr. sobre ambos Roxin AT I; 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/51 y n. 116 s.; PG I, 1997, § 19/43 y n. 85 s. El propio ROXIN, Culpabilidad y responsabilidad, en Problemas básicos, 1976, tras exponer (211 ss.) su teoría de que, más que la culpabilidad, importa la “responsabilidad” basada en la necesidad o no de prevención, y antes de desarrollar su concepto de accesibilidad normativa (que desarrolla en su AT I = PG I), señala (214), coincidiendo con GIMBERNAT, FS-Henkel, 1974, 151 ss., que la impunidad de la inimputabilidad y del error de prohibición invencible se pueden explicar por la no motivabilidad y la falta de necesidad de prevención general.

<sup>25</sup> El sistema, ACJ 1971-72, 276 ss. = Estudios, 1976, 93 ss.; El estado de necesidad, Estudios, 1976, 114 s.; ya apuntado en VVAA, Problemas actuales, 1971, 89 ss., donde insiste en la indemostrabilidad del libre albedrío.

indica<sup>26</sup> que, si no hay culpabilidad, la pena es ineficaz desde el punto de vista de la prevención general como intimidación y además es innecesaria tanto para la prevención general, porque los motivables no se van a dejar de intimidar porque no se imponga pena a un no culpable, como para la prevención especial, ya que frente al inculpable basta la medida de seguridad. MUÑOZ CONDE parte de la imposibilidad de demostrar que el sujeto concreto en la situación concreta podía haber actuado de otro modo y, atendiendo a la función de motivación de la norma, propone la contraposición motivación general-individual como delimitación entre tipo y culpabilidad<sup>27</sup>, y defiende que el concepto material de culpabilidad presupone la capacidad de motivación individual por la norma, además de participación en los bienes jurídicos y otros criterios<sup>28</sup>; considera también que las exigencias de prevención general se corresponden con la capacidad de motivación y la delimitan, y por otra parte la pena adecuada a la culpabilidad se adecua a la función de prevención general<sup>29</sup>. Una limitación de esas formulaciones de la posibilidad o capacidad o no de motivarse la efectúa MIR PUIG, que, desde una perspectiva determinista<sup>30</sup> y volviendo a la idea de normalidad de V. LISZT, sostiene que la culpabilidad, término que posteriormente sustituye por imputación personal<sup>31</sup>, es atribuibilidad del hecho al sujeto por la normalidad del proceso de motivación o normal racionalidad de su decisión, en suma por su *capacidad de motivación normal* por la norma<sup>32</sup>, ya que, destaca, la posibilidad de motivación puede no estar totalmente excluida en los inimputables y claramente no lo está en los casos de inexigibilidad y sin embargo se excluye la culpabilidad si no hay posibilidad de motivación normal<sup>33</sup>; ello significa ampliar los casos de exclusión de la culpabilidad, admisibles no sólo cuando en el hecho el sujeto no es en absoluto motivable, sino también cuando su motivabilidad es claramente anormal, está profundamente perturbada<sup>34</sup>. MIR considera que la culpabilidad o imputación personal así entendida debe actuar como límite a las exigencias de prevención y no

<sup>26</sup> Cfr. GIMBERNAT, sobre ineficacia de la prevención general, *El estado de necesidad*, Estudios, 1976, 115; sobre no necesidad para la prev. general y especial en VVAA, *Problemas actuales*, 1971, 105= Estudios, 1976, 77 s.; ACJ 1971-72, 282 ss. = Estudios, 1976, 99 ss.

<sup>27</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 314 ss.; III Jornadas, 1976, 223 ss.

<sup>28</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, 324 ss.; III Jornadas, 1976, 229 ss.; GA 1978, 73 ss., añadiendo a la capacidad de motivación los criterios de participación en los bienes jurídicos (coincidente con Schmidhäuser), rol social del individuo y la limitación de la no participación en bienes jurídicos por el carácter esencial de los mismos; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.<sup>a</sup>, 2010, 354 ss.

<sup>29</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención*, 1981, 28 s., 34 ss.; en Mir (ed.), *DP y ciencias sociales*, 1982, 166 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.<sup>a</sup>, 2010, 352 ss.

<sup>30</sup> MIR, *Función de la pena*, 2.<sup>a</sup> 1982, 93 s.; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/40 s.

<sup>31</sup> MIR, utiliza el concepto culpabilidad en las obras cit. en estas notas hasta la 3.<sup>a</sup> ed. inclusive de su PG, 1980; desde la 4.<sup>a</sup> ed. de PG, 1996, hasta la actual (10.<sup>a</sup>, 2015/16), 20/1 ss., sustituye culpabilidad por “imputación personal” y culpable por personalmente imputable.

<sup>32</sup> MIR, *Intr.*, 1976, 153 ss., 161 ss. (concretando la simple referencia a la motivabilidad por la norma de 106 s.); *Función de la pena*, 2.<sup>a</sup> 1982, 93 s.; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/45 ss.

<sup>33</sup> MIR, *Intr.*, 1976, 161; *Función de la pena*, 2.<sup>a</sup> 1982, 96 s.; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/47-50.

<sup>34</sup> Así expresamente MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/46 ss.

fundamentarse en las mismas<sup>35</sup>, sino que su fundamento se basa en las exigencias del Estado democrático y en el principio constitucional de igualdad, de igualdad real ante la ley, que exige tratar desigualmente a los inculpables o no imputables, que son totalmente desiguales a los normales<sup>36</sup>. El planteamiento de MIR ha sido seguido por otros, especialmente de modo pleno por OCTAVIO DE TOLEDO<sup>37</sup>, y en parte también por mí mismo en mi posición anterior.

En mis trabajos durante muchos años, partiendo no del determinismo sino de la imposibilidad de demostrar empíricamente (en la situación concreta) el libre albedrío<sup>38</sup>, he rechazado la reprochabilidad y defendido un entendimiento de la culpabilidad como atribuibilidad del hecho al sujeto basada en la posibilidad de motivación normal, en la motivabilidad normal<sup>39</sup>, en la accesibilidad normal al mandato de la norma y al estímulo de la amenaza o conminación penal y a la motivación que ello supone<sup>40</sup>, que puede estar excluida o totalmente perturbada<sup>41</sup> o simplemente disminuida, lo que dará lugar a la exención o atenuación de la culpabilidad y de la pena<sup>42</sup>. Como fundamento invocaba la necesidad y eficacia de la prevención general (de intimidación) frente a los culpables y la ineficacia y falta de necesidad de la prevención general en los actos de los no culpables, y destacaba e insistía en que, en cambio, aquí no cuenta el punto de vista de la prevención especial, ya que en los culpables puede no haber peligrosidad ni por tanto necesidad preventivo-especial y en algunos inculpables sí hay necesidad de prevención especial, aunque sea

---

<sup>35</sup> MIR, Intr, 1976, 162; Función de la pena, 2.<sup>a</sup> 1982, 98; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 4/63 ss., 20/49.

<sup>36</sup> MIR, Intr, 1976, 151, 156 s., 161-163; Función de la pena, 2.<sup>a</sup> 1982, 98 ss.; PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/50 s.; no obstante, a diferencia de obras anteriores, en esta PG, 4/66, fundamenta constitucionalmente la culpabilidad no sólo en la exigencia de igualdad real, sino ya antes también “en la dignidad humana”, coincidiendo con el planteamiento de la doc. mayoritaria.

<sup>37</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 137 ss. Influencias de esta tendencia y en especial de la concepción y terminología de Mir tb. en *Gómez Benítez*, TJD, 1984, que, (aunque 439 ss. tb. habla de reprochabilidad individual), muestra su simpatía (449 ss.) por la motivabilidad, y en 437 ss. habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y en 453 de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor”, de “juicio de imputación subjetiva”.

<sup>38</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 26 s.; Medición de la pena, 1979, 21.

<sup>39</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales, 1978, 26 s., 222, 243 s.; Medición de la pena, 1979, 38 s., 44-46; ADPCP 1989, 20 s., 32; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 51 s.: atribuibilidad o responsabilidad, 59: motivabil normal.

<sup>40</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales, 1978, 26 s., 221 s., 243 s.; Medición de la pena, 1979, 38 s. y 38 n.84, 44-46; ADPCP 1989, 21, 32; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 311 ss.; LH-Torío, 1999, 161 ss.; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 86.

<sup>41</sup> LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 32, 43 (en n. 92, y tras n. 130); ADPCP 1993, 32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 59.

<sup>42</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 45 s.; ADPCP 1993, 32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105.

con medidas de seguridad<sup>43</sup>; pero también añadía como fundamento político-constitucional el principio de igualdad<sup>44</sup>.

Prescindimos ahora de la posible crítica a estas posiciones, en la medida en que se basan en la imposibilidad de probar la libertad de un sujeto en el hecho concreto o incluso algunas en el determinismo, si, como veremos, se debe partir de la libertad y responsabilidad humana y por tanto de la culpabilidad como reprochabilidad, objeción que no afecta a las concepciones de culpabilidad como capacidad de motivarse o determinarse basadas en una perspectiva indeterminista o en una que no rechaza la libertad (pues en tal caso la capacidad de motivación o determinación por la norma no es más que una concreción del poder actuar de otro modo). Y tampoco voy a entrar aquí en las discrepancias sobre si es más correcto basar la culpabilidad sólo en la perspectiva preventivo-general o también en la preventivo-especial y sobre si la culpabilidad puede fundamentarse también en la prevención o es independiente y un límite a la misma. En todo caso a estas concepciones se les ha formulado una objeción que, de ser cierta, sería contundente: que estas concepciones no quieren basar la culpabilidad en la libertad de decisión, en el poder actuar de otro modo del sujeto, que se dice que es un postulado metafísico o indemostrable, y se busca sustituirlo por un criterio que sí es empíricamente constatable, pero la capacidad o posibilidad, plena o normal, de motivación o determinación por la norma, si es individual, o sea del sujeto concreto en el momento del hecho concreto, realmente equivale a poder actuar de otro modo<sup>45</sup>; y se añade que ya la misma distinción de error de prohibición vencible e invencible y por tanto la afirmación de que un error de prohibición puede ser vencible para el sujeto (que es uno de los casos en que se afirma la posibilidad de motivación por la norma) presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar

<sup>43</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, 1979, 38 s., 44-46 y 46 n. 95; ADPCP 1989, 21 s., 32 s.; en: *Teorías actuales en el DP*, Buenos Aires, 1998, 316 s.; LH-Torio, 1999, 165; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 59; culpabilidad como motivabilidad normal y por ello necesidad y eficacia de la prevención general, 86; fundamentación del principio de culpabilidad en la no necesidad ni eficacia de la prevención general si falta la culpabilidad. Insistiendo especialmente en que en la (no) culpabilidad cuenta la necesidad y eficacia o no de la prevención general, pero no de la especial, y en que en cambio es en las causas de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad donde falta tanto la necesidad de prevención general como de prevención especial, en *Merecimiento y necesidad de pena*, ADPCP 1993, 30-32= LH-Roxin (Coimbra), 1995, 123-126 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 208-212; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 103-106.

<sup>44</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1993, 32 = LH-Roxin (Coimbra), 1995, 125 = en Luzón/Mir, *Causas de justificación y de atipicidad*, 1995, 211; Coimbra-Symposium f. Roxin, 1995, 105; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 86, en el principio de culpabilidad. En mis primeras obras (*Aspectos esenciales y Medición de la pena*) seguía la distinción tipo-culpabilidad de GIMBERNAT, aunque discrepando de su fundamentación, coincidente con *Roxin*, de la no culpabilidad en la falta de necesidad de prevención tanto general como especial, pero inmediatamente añadía, como hemos visto, coincidiendo con *Mir*, que cuenta la motivabilidad normal, que la culpabilidad es atribuibilidad o posibilidad de responsabilidad o atribución personal, y posteriormente he coincidido asimismo en que se fundamenta también en el principio de igualdad.

<sup>45</sup> Así CARBONELL, en Carbonell/Gómez Colomer/Mengual, *Enfermedad mental y delito*, 1987, 30, 32 (objeción que tb. recoge, pero rechazándola, CEREZO, *Curso III*, 2001, 38 y n.111); PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, 39 ss.

de otro modo en la situación concreta<sup>46</sup>. Y cabe añadir que, si el criterio de la motivabilidad que se emplea es generalizador, o sea que simplemente se afirma que es constatable que la mayoría de los humanos, los normales, son capaces de determinación o motivación normal por las normas, entonces trasladar esa motivabilidad al individuo concreto en el momento del hecho concreto es una simple suposición no verificable en el caso concreto, es decir que estas posiciones estarán procediendo del mismo modo generalizador que muchos critican a la concepción del poder actuar de otro.

La verdad es que no es cierta la objeción de que el error de prohibición vencible implica capacidad de actuar de otro modo, pues que el sujeto pudiera conocer una norma prohibitiva no implica necesariamente que, una vez conocida, también tenga posibilidad y capacidad de decidir conforme y no en contra de esa prohibición. En cuanto a la objeción de que la propia capacidad o posibilidad de motivarse equivale a poder actuar de otro modo, depende de qué se entienda por poder motivarse. Si con ello se quisiera decir que el sujeto puede motivarse normal y activamente por el mandato y la amenaza de la norma para decidir obrar conforme a ella, entonces realmente ello equivaldría al poder actuar de otro modo<sup>47</sup>, y la motivabilidad o determinabilidad normativa no sería sino otra formulación de la libre voluntad expresada con otras palabras, o bien una concreción del mecanismo motivador por el que la libertad puede decidir. Pero ello no es así para la mayoría de estas formulaciones basadas en el determinismo o al menos en la indemostrabilidad de la libertad del sujeto en el hecho concreto. Así MIR desde una perspectiva claramente determinista dice que, “según mi planteamiento, el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera ‘capacidad normal de motivación’ o de ‘motivarse’, en el sentido de que *podiera haberse motivado a sí mismo* en una medida normal a actuar de otro modo –lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad–, sino porque *pudo ser* (en pasiva) y *fue motivado* normalmente, aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos”, ya que defiende el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”<sup>48</sup>.

Ahora bien, si realmente el sujeto, pese a ser normalmente motivable y a haber sentido en efecto la motivación de la norma penal, de todos modos no podía actuar de otro modo a como lo hizo porque eran más fuertes otros motivos que le hicieron infringir la norma, no se entiende bien la razón de que se le declare responsable. Y lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de que es indemostrable la libertad en el caso concreto y por tanto de que pese a la motivabilidad normal del

---

<sup>46</sup> Así CEREZO, RCP 32 1973 1, 189, 204; Curso III, 2001, 29; CÓRDOBA, Culpabilidad y pena, 1977, 43 s.

<sup>47</sup> Así lo reconoce MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/52 y n. 43, pero negando que ese sea el significado de su planteamiento. En cambio, sí lo es el de quienes utilizan estas fórmulas desde perspectivas indeterministas, como las citadas de FIGUEIREDO DIAS o ARM. KAUFMANN.

<sup>48</sup> MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, n. 43 p. 550 (en 20/52) el primer entrecomillado, afirmándolo contra la suposición de CARBONELL y la interpretación liberoarbitrista que efectúa PÉREZ MANZANO de la teoría de la motivación; y en 20/52 el segundo entrecomillado. Le da la razón frente a Carbonell CEREZO, Curso III, 2001, 38 y n.111.

sujeto no se puede descartar que en el hecho concreto no pudiera decidir de otro modo. Y ésta sí es una objeción frontal y decisiva contra las teorías de la normalidad y la motivabilidad:

La *crítica más importante* que se le puede hacer a las teorías de la motivabilidad, normalidad o motivabilidad normal cuando, como sucede mayoritariamente, no son concreciones de la libre voluntad, del poder decidir y actuar de otro modo, es a mi juicio que **no fundamentan suficiente y plausiblemente la culpabilidad, responsabilidad o atribuibilidad de la persona normalmente motivable**. Explicar y justificar por qué no se exige responsabilidad al sujeto no motivable o no normalmente motivable no ofrece demasiada dificultad, aunque no se maneje el criterio de la reprochabilidad, acudiendo a fundamentos como la falta de eficacia y de necesidad de prevención, sobre todo general, ante el no normal o no motivable o como el principio de igualdad en vista de la inferior situación del no normalmente motivable frente al normal. La dificultad estriba precisamente en explicar por qué hay culpabilidad o (si no se quiere utilizar ese nombre) responsabilidad simplemente por realizar el sujeto el hecho ilícito en situación de motivabilidad normal si pese a todo no era libre, o no lo sabemos, para actuar de otro modo, lícitamente<sup>49</sup>. Desde una perspectiva declaradamente determinista MIR lo intenta fundamentar del modo siguiente: “fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos”<sup>50</sup>. Pero *el argumento de las expectativas sociales frente al normal no es suficiente si al final nadie puede actuar de modo distinto a como lo hizo*. En efecto, *si* por mucho que haya *ex ante* normalmente más oportunidades (“chances”) de resistencia en el sujeto normalmente motivable por las normas, *ex post se comprueba que en el sujeto y caso concreto esa expectativa era infundada precisamente porque*

<sup>49</sup> De modo similar CEREZO, Curso III, 2001, 38, citando otros pasajes de MIR (distintos del que cito a continuación), en los que sostiene una capacidad de motivación puramente pasiva (cits. en n. anterior), lo critica acertadamente: “pero la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir no podía ser motivado con éxito para obrar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico”. Tb. ROXIN, AT I; 4.<sup>a</sup>, 2006, examinando críticamente en § 19/43 s. el determinismo y las posiciones de neurobiólogos en ese sentido, y concretamente la tesis de que las decisiones de la voluntad realmente surgen inconscientemente y predeterminadas por el potencial neurológico, dice en nm. 45 “que una decisión no condicionada por nada sería casual y precisamente por ello no se podría atribuir a su autor”.

<sup>50</sup> MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/52. En n. 43 p. 550 añade: “Ello es lo que permite fundar las ‘expectativas normativas que cabe imponer a un hombre sano’. Cfr. Roxin, Culpabilidad, p.164, siguiendo a Jescheck”. Pero estos autores basan esas expectativas sociales en que el sujeto normal podía acceder a la norma con capacidad de autocontrol y por tanto se le atribuye normativamente la posibilidad de conducta conforme a Derecho: así expresamente ROXIN, AT, 4.<sup>a</sup> 2006, § 19/46; PG I, 1997, § 19/39; JESCHECK, AT, 2.<sup>a</sup>, 1972, 305; 4.<sup>a</sup>, 1988, § 37 I 2 b; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup>, 1996, 410 ss.

*delinquirió*, es decir si no pudo decidirse a favor de la norma porque tuvo otros motivos, conscientes o inconscientes, para infringirla más fuertes y que no pudo resistir (si nadie puede actuar de otro modo a como lo hace), no se entiende por qué va a pesar más la expectativa inicial de resistencia normal que posteriormente se demuestra infundada y por qué se le va a “imponer” por ello responsabilidad, declararle culpable, atribuirle o imputarle personalmente el delito a un sujeto que no podía actuar de otro modo porque no podía oponerse a motivaciones más poderosas. Del mismo modo que en otros lugares de la teoría del delito, en la imputación objetiva o en la autoría, se niega la imputación, la atribución del resultado o del hecho a la conducta si tal hecho o resultado no es obra precisamente de la peligrosidad de la conducta o de la acción del sujeto, sino de otro factor decisivo o de la actuación de otro sujeto, lo coherente será negar también la atribución o imputación personal de responsabilidad penal, es decir, del presupuesto para imponer, no una medida, sino una pena o castigo al sujeto, si el hecho no es obra del poder de decisión del mismo, sino de otros motivos más fuertes e irresistibles que lo determinan y deciden por él. Y realmente **lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad** y la posibilidad de decidir y actuar de otro modo el sujeto concreto **en el caso concreto; pues en un Derecho penal y procesal penal en el que rige el in dubio pro reo** en cuanto a la demostración de lo fáctico, si no se puede estar seguro, y por tanto hay una duda razonable e insoluble, de que el sujeto concreto tuviera o no capacidad para decidir y actuar de otro modo, habría que inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, la de que no tenía capacidad y por tanto no declararle culpable o responsable por mucho que fuera normalmente motivable. Por consiguiente, las teorías de la normalidad o motivabilidad que no aceptan la libertad –la mayoría– realmente serían más bien coherentes, no con la fundamentación de culpabilidad o de responsabilidad personal, sino con la posibilidad de imposición –en el caso más frecuente de peligrosidad y consiguiente necesidad de prevención especial del sujeto motivable y normal– de una medida de seguridad o, como proponía *von Liszt*, de una pena-fin de significado únicamente preventivo-especial; pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables.

## 2) Accesibilidad normativa: ¿criterio empírico o normativo?

Según el criterio de ROXIN culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa” (*normative Ansprechbarkeit*), es decir, que le sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma; y ROXIN indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología<sup>51</sup>. Así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa parece un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo. Pero, como veremos más adelante (II.4 d 2 b’ y c’), ROXIN añade que la accesibilidad normativa parte de la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa”. Con

---

<sup>51</sup> ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19 nm 36; PG I, 1997, § 19/34.

lo cual, su concepción es más bien normativa, o como mínimo mixta, empírico-normativa.

#### **d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos**

Otras concepciones mantenidas en la época moderna, desde la que mantiene la versión tradicional de la concepción normativa de la culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad, en el poder actuar de otro modo, u otras distintas, de las que ahora se exponen las más importantes, se basan en fundamentos claramente normativos, bien axiológicos o valorativos, o bien de carácter más bien teleológico, finalista o funcional. Hay que advertir que algunas, como las de la actitud interna, el contacto espiritual con los valores o participación en los bienes jurídicos o la defraudación de expectativas –que aquí no se van a examinar por razones de espacio– no son incompatibles con la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad, sino formas de darle contenido alternativas o adicionales a la fórmula del poder actuar de otro modo; por el contrario, concepciones como la de ROXIN (especialmente en la segunda parte, la exigencia adicional de responsabilidad) y la funcional o funcionalista de JAKOBS –que tampoco podemos examinar aquí– son absolutamente diferentes de la concepción normativa de la reprochabilidad.

#### **1) Poder actuar de otro modo o libertad de decisión**

##### *a') Posiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión*

Según la concepción tradicional y mayoritaria la culpabilidad como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto se basa en la libertad de voluntad, en la libertad de decisión y actuación de ese sujeto en ese hecho concreto, o, según lo formula la doctrina alemana mayoritaria, en “el poder actuar de otro modo” (*das anders-Handeln-Können*) del sujeto, en haber cometido un ilícito o injusto pese a poder haber cumplido, respetado la norma, o, como fórmula de significado equivalente en alemán, el ‘poder para ello o poder al respecto’, el “poder evitarlo y responsabilidad por ello” (*das Dafür-Können*)<sup>52</sup>. Evidentemente, si el sujeto podía libremente haber decidido

<sup>52</sup> O “poder evitarlo (y consiguiente responsabilidad)”. Reproduzco la explicación de esta traducción de “Dafürkönnen” que indiqué en mi traducción de ROXIN, AT I, 1997, § 7 nm.22 nota \* p. 202: La expresión del texto “*das 'Dafürkönnen'*”, aquí traducida como “el ‘poder evitar(lo) (y consiguiente responsabilidad)’”, literalmente significa “poder respecto de ello (de algo)”, lo que no suena nada bien en castellano, por lo que en lenguaje usual se traduce como “tener la culpa (o ser culpable, o responsable) de algo”, siendo más frecuente la formulación negativa: “*ich kann nichts dafür*” = “yo no tengo la culpa (o no soy culpable, responsable) de eso” (literalmente: yo no puedo –no he podido– hacer nada al respecto). Pero cuando se expone que para un sector el fundamento o base de la culpabilidad es el “*Dafürkönnen*” (o “*dafür können*”) del autor, naturalmente no se puede traducir esa expresión con la versión vulgar de “tener la culpa o ser culpable el autor”, porque sería una tautología; y traducirlo por la variante más culta de “ser responsable el autor” aclararía poco. Aparte de que no hay que olvidar que la estructura lingüística en alemán, que lleva a la idea de ser culpable o responsable, es el poder (“*können*”) del sujeto respecto de lo ocurrido (“*dafür*”), es decir, poder hacerlo, pero también poder hacer o lograr que no hubiera ocurrido. Ello emparenta esa expresión con otra que también utiliza la doctrina en

actuar de otro modo, de modo lícito y haber actuado así, y sin embargo actuó cometiendo un ilícito penal, jurídicamente y también jurídicopenalmente se le podrá reprochar subjetivamente ese hecho (a no ser que concurra otra circunstancia de disculpa); y si al contrario por alguna razón interna permanente u ocasional o externa está excluida la libertad del sujeto al cometer el hecho típico, no se le podrá reprochar individualmente esa actuación que no podía haber evitado, no habrá reprochabilidad y con ello se excluirá la culpabilidad. Bien porque se parta del indeterminismo y se comparta la posición filosófica y ética de la existencia del libre albedrío en el ser humano, o bien porque, sin entrar en la polémica filosófica indeterminismo-determinismo, se considere que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos, a no ser que en el sujeto o en la situación concreta haya circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de su libertad (excepción esta que obviamente hacen ambas fundamentaciones, la del indeterminismo y la de la premisa normativa), con cualquiera de esos fundamentos la doctrina penal claramente dominante mantiene que el sujeto actuó libremente al decidir realizar un ilícito o injusto típico y podía haber actuado de otro modo, o sea haber evitado infringir la norma, por lo que se le puede reprochar el hecho, mientras que si por cualquier causa no tenía libertad y no podía actuar de otro modo y respetar la norma, el hecho no le será reprochable<sup>53</sup>.

---

sentido equivalente para designar el fundamento material de la culpabilidad: el “poder actuar de otro modo” (“*anders handeln können*” o “*das Andershandelnkönnen*”), que es otra forma de designar la libertad de voluntad o libre albedrío. Por todo ello, para indicar que el ‘tener la culpa, o ser culpable o responsable’ de la versión de aquella expresión en el lenguaje corriente es consecuencia del poder del sujeto para evitar cometer el hecho típico y antijurídico, se ha optado por la fórmula “poder evitar (y consiguiente responsabilidad)”.<sup>53</sup> Así, entre innumerables autores, en la doc. alemana, p.ej. ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 279 ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.<sup>a</sup>, 1969, 138 ss.; LENCKNER, en Göppinger/Witter, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, I, 1972, 19 ss.; STRATENWERTH, *AT*, 3.<sup>a</sup>, 1981, 213 ss.; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 52 ss.; SCHÜNEMANN, en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, 147 ss., 151 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.<sup>a</sup>, 1996, 410 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 26.<sup>a</sup>, 2000, antes del § 32 110 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 10.<sup>a</sup>, 386 ss., 11.<sup>a</sup> 2003.; en la doc. española, p.ej. ANTÓN ONECA, *DP I*, 1949, 192 ss.; QUINTANO, *Curso I*, 1963, 266 ss.; CÓRDOBA, *Culpabilidad y pena*, 1977, 70 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *PG* 18.<sup>a</sup> 1995, 432 ss.; COBO/VIVES, *PG*, 5.<sup>a</sup>, 1999, 539 ss.; CEREZO, *Curso III*, 2001, 26 ss., 38 ss.; CUELLO CONTRERAS, *PG I*, 3.<sup>a</sup>, 2002, XI/40 ss., 939 ss.; ORTOS/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio PG*, 3.<sup>a</sup>, 301 ss. En la portuguesa ya vimos (supra 20/ y n.) la posición de FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa*, 2.<sup>a</sup>, 1983, 65 ss., capacidad de autodeterminarse por la norma (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); en *PG I*, 2.<sup>a</sup>, 2007, 522 ss., 524, insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter basada en la libre decisión del hombre sobre sí mismo. En la doc. iberoamericana parten del poder actuar de otro modo p.ej. DONNA, *TDP 1*, 2.<sup>a</sup> 1996, 245; *TDP 2*, 1995, 182 ss.; *PG*, IV, 2010; ZAFFARONI, *Tratado IV*, 1982, 10 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2000, 641 ss. (aunque en 620 ss. combina el reproche por la autodeterminación con el reproche por la “vulnerabilidad” del agente); 2.<sup>a</sup> 2002, 656 ss., 650 ss.; VELÁSQUEZ, *PG*, 3.<sup>a</sup>, 1997, 547 ss.; 4.<sup>a</sup> 2009, aunque hablando no de reprochabilidad sino de exigibilidad; HURTADO, *Manual PG*, 2.<sup>a</sup>, 1987, 427 ss.; 3.<sup>a</sup> 2005, 604 ss., 609 ss.

*b') Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad*

Desde posiciones contrarias o diferentes se han hecho críticas a la utilización de la libertad como base de la reprochabilidad y la culpabilidad. Por una parte, desde el determinismo, que naturalmente rechaza la libertad humana y cree que el hombre actúa siempre determinado por motivos o presiones que no puede evitar ni controlar. Y eso mismo sostienen actualmente científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología etc.), que sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales<sup>54</sup>. Es más, la creencia humana de que decide la libre voluntad dirigida por el yo consciente es un espejismo o autoengaño, porque las investigaciones neurocientíficas afirman que son los impulsos y deseos inconscientes del sistema límbico del cerebro los que realmente deciden unos instantes antes de que los percibamos conscientemente<sup>55</sup>. Si esto es así, para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Así cita HASSEMER, InDret 2011-1, 21, como testimonio representativo entre otros muchos de las neurociencias, para después rebatirlo, la afirmación de ROTH, en Geyer (ed.) *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 73: “el acto consciente de voluntad de ningún modo [puede] ser el causante del... movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales”. Denominan “neurodeterminismo” a esa posición MERKEL, *Willensfreiheit*, 2008, 30; HERZBERG, *Willensunfreiheit*, 2010, 2 ss.; citándolos FELJOO, InDret 2011-2. Cfr. más ampliamente DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 2 ss.; y críticamente con más citas ROXIN, AT, 4.ª 2006, § 19/43 s.

<sup>55</sup> Así ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553: como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente; cfr. ampliamente DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 6 s.

<sup>56</sup> Resume así la posición de las neurociencias DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 5. Insisten en que aceptación de la libertad de voluntad es una mera ilusión, fantasía, autoengaño o construcción teórica o elaboración social de algo inexistente p. ej. ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553; SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 43 ss., 48 ss.; PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 ss., intentando desarrollar cómo se producen los mecanismos cerebrales y psicológicos que conducen a esa simple ilusión; pero las complejas explicaciones que dan estos autores no son comprobaciones o demostraciones irrefutables, sino meros intentos explicativos, son a su vez construcciones o elaboraciones teóricas para explicar por qué se produce de modo casi unánime en los humanos la percepción de la libertad de decisión, que tienen que reconocer que es un contundente dato empírico sociológico, pero que ellos consideran que es una falsa percepción. Sin embargo, no todos los defensores de esta posición e las neurociencias llegan a la conclusión de que sea ilegítimo que la sociedad y el Derecho basen la culpabilidad y la responsabilidad en la aceptación social de la libertad de voluntad, pues bastantes de los que aceptan estas tesis como punto de partida matizan y consideran importante la función que para la estructura social representa la aceptación de la libertad: cfr. ampliamente la exposición de DEMETRIO CRESPO, InDret 2011-2, 5 ss., 14 ss.

También se critica, de modo más extendido en la ciencia penal, la aceptación de la libertad desde una posición (el llamado “agnosticismo”, que no sabe si hay o no libertad) no determinista pero que objeta que la libertad de voluntad, el poder actuar de otro modo de un sujeto concreto en el hecho concreto es empíricamente, científicamente indemostrable<sup>57</sup> y una tesis puramente metafísica, dado que no se puede repetir experimentalmente exactamente esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente si podía decidir de otro modo, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serán idénticas<sup>58</sup>. La acusación es entonces que los partidarios del poder actuar de otro modo no afirman la comprobación de la libertad del sujeto concreto en el acto concreto, sino que se limitan a constatar que el sujeto habría podido obrar de otro modo con la necesaria fuerza de voluntad “de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales”, que en las circunstancias concretas “otro en su lugar” habría podido, que hay que hacer “una comparación... con el comportamiento que la experiencia nos muestra de aquellos hombres que se encontraron en la misma situación”, o que el Derecho parte de la posibilidad de empleo de fuerza de voluntad y disposición “del término medio”, del “poder de la persona media que existe conforme a experiencia” o capacidad de la “mayoría de las personas”<sup>59</sup>, y se critica ese proceder diciendo que no se puede basar un reproche al sujeto en las capacidades que posiblemente otros tengan, pero no tiene o no se sabe si tiene el sujeto y que si

---

<sup>57</sup> Así ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963, 2.<sup>a</sup>, 1965, 23 ss.; BOCKELMANN, *ZStW* 75 1963, 372, 380; DANNER, *Gibt es einen freien Willen?*, 1969, 4.<sup>a</sup> 1977, 190 ss., *passim*; GIMBERNAT, en *Problemas actuales*, 1971, 89 ss.; MUÑOZ CONDE, *GA* 1973, 68; *Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención*, 1981, 23; ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos*, 1976, 13 s.; “Culpabilidad” y “responsabilidad”, *Problemas básicos*, 1976, 203; *AT I*, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/21, 37 ss., 41; *PG I*, 1997, § 19/19, 35 ss., 38; LUZÓN PEÑA, *Medición*, 1979, 21. ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos*, 1976, 13; FS-Henkel, 1974, 174 s.= *Problemas básicos*, 1976, 203; *AT I*, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/40; *PG I*, 1997, § 19/37, destaca que esto lo reconocen incluso muchos partidarios del poder actuar de otro modo y (en el segundo trabajo) cita a WELZEL, *Lehrbuch*, 1969, 148; HENKEL, FS-Larenz, 1973, 24; LENCKNER, en *Göppinger/Witter, Handbuch I*, 1972, 98; STRATENWERTH, *AT*, 1971, nm. 531; JESCHECK, *AT*, 2.<sup>a</sup>, 1972, 305; y en su *AT/PG* cita a DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 396; GRIFFEL, *ZStW* 98 1986, 35 s., 42; ARTH. KAUFMANN, *Jura* 1986, 226. Afirmándolo desde una perspectiva neutra sobre la polémica filosófica, p.ej. LACKNER, FS-Kleinknecht, 1985, 245 ss., 249, con múltiples citas; ROXIN, *lugs. cit.*

<sup>58</sup> Cfr. ENGISCH, *loc. cit.*; GIMBERNAT, en *Problemas actuales*, 1971, 89 ss.; *Estudios*, 1976, 60 ss.; MIR, *PG*, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/40 s.

<sup>59</sup> Así las fórmulas de, respectivamente, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963, 2.<sup>a</sup>, 1965, 26 (eso sí, ENGISCH usa el criterio de las disposiciones y aptitudes generales del propio sujeto, porque en p. 25 rechaza “el salto a otra persona o al género persona”, como destaca ROXIN, *AT I*, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/22 n. 51; *PG I*, 1997, § 19/20, n. 38); JESCHECK, *AT*, 2.<sup>a</sup>, 1972, 305; 4.<sup>a</sup>, 1988, § 37 I 2 b; ARTH. KAUFMANN, *JZ* 1967, 560; HENKEL, FS-Larenz, 1973, 25; MANGAKIS, *ZStW* 75 1963, 517; o LENCKNER, en *Göppinger/Witter, Handbuch I*, 1972, 19. Cfr. al respecto ROXIN, FS-Henkel, 1974, 174 s.= *Problemas básicos*, 1976, 203 s.; *Problemas básicos*, 1976, 53; *AT I*, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/22; *PG I*, 1997, § 19/20 (que señala en n. 51 *AT* = n. 38 *PG* que la idea del poder de “otro en su lugar” utilizada por JESCHECK procede al parecer de DOHNA, *ZStW* 66 1954, 511 ss.).

para la culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, ello debería conducir a la absolución en virtud del principio “*in dubio pro reo*”<sup>60</sup>.

*c') Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad*

c' 1) A las críticas contra la aceptación de la libertad como base de la culpabilidad se les ha dado las correspondientes respuestas:

En primer lugar, existe igual indemostrabilidad empírica del determinismo, de la falta de libertad humana<sup>61</sup> que aquella de la que se acusa a la aceptación de la libertad; y aclaro que ya de entrada por la misma razón: para más detalles v. *infra* III. 2 b. Se destaca que es equivocado aceptar que la última palabra sobre las peculiaridades del comportamiento humano y social la tienen las apreciaciones de los científicos naturales o experimentales, como hoy ocurre p. ej. con ciertas afirmaciones de representantes de la neurobiología, por lo demás sectoriales y parciales, unilaterales, en el sentido de que el movimiento humano de ningún modo es causado por un acto consciente de voluntad, por una decisión, sino que está fijado, determinado previamente por procesos neuronales de determinada parte del cerebro; esto supone, dice HASSEMER, el error categorial de muchos biólogos humanos arrogantes de estar convencidos de que sus resultados demuestran la falsedad de la posibilidad de libre albedrío y responsabilidad, con vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia, que toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y lo que pertenece al instrumental de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal, de modo que si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; y eso es lo que sucede cuando se niega que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina con ello una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo, vulnerando el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben

<sup>60</sup> Así ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/22 y 21; PG I, 1997, § 19/20 y 19; ya en Problemas básicos, 1976, 14; crítica similar en CEREZO, Curso III, 2001, 39 s. Todo ello sin perjuicio de que, como se verá a continuación, Roxin sí admite en cambio la libertad como presunción o aserción normativa para afirmar la culpabilidad, últimamente concebida como accesibilidad normativa del sujeto.

<sup>61</sup> Así p. ej. ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 192 ss., 219; BOCKELMANN, ZStW 75 1963, 386 ss.; GRIFFEL, ZStW 98 1986, 35 s., 42; CEREZO, Curso III, 2001, 26 ss., 38 ss.; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.<sup>a</sup>, 2002, XI/41 s., 940 s.; ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/21, 44, PG I, 1997, § 19/19. Ello lo reconoce implícitamente un determinista como MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/40, que considera simplemente “razonable pensar que si se haya determinada” la conducta, que no pudo ser otra que la que fue, y añade: “Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de demostrar científicamente que no sea así”, pero no dice que se pueda demostrar científicamente que sea así, y por eso tiene que recurrir a la ley general de la causalidad.

también como persona y se conducen en función de esa percepción”<sup>62</sup>. Y aún hay más, es que el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, LIBET, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes” y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo <sup>63</sup>.

Pero además se argumenta que *la aceptación de la libertad de voluntad* como base de la culpabilidad tiene, por un lado, *fundamento empírico* y, por otro, *un decisivo fundamento normativo y constitucional*<sup>64</sup>. En efecto, la aceptación de la libertad de decisión y actuación humana excepto en casos de perturbación o situaciones excepcionales corresponde, por una parte, a la común experiencia humana cotidiana, porque de modo incontestable la inmensa mayoría de los humanos se viven, se sienten, se ven y se consideran a sí mismos, y a los demás (la llamada “imagen del hombre”), como capaces en circunstancias normales de decisión libre, de elegir entre

---

<sup>62</sup> Cfr. muy ampliamente HASSEMER, Neurociencias y culpabilidad en DP, InDret 2011-1, 15 ss., 21, 24. En el mismo sentido ya SCHÜNEMANN, en Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, 147 ss.

<sup>63</sup> Cfr. LIBET, en Geyer (ed.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, 268 ss., 277, 284. Lo subraya ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/43 s., criticando las posiciones de neurobiólogos en sentido determinista, y destacando en nm. 44 que LIBET (p. 287) acaba incluso expresando simpatía hacia el indeterminismo.

<sup>64</sup> Ambas fundamentaciones están muy extendidas, pero también es frecuente la fundamentación mixta, combinado la empírica y la normativa: así p.ej. ROXIN, Sentido y límites, Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz von Liszt y la concepción, Problemas básicos, 1976, 54; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/41, 46 = PG I, 1997, § 19/38 s. (AT, 46; PG, 39: “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”); CEREZO, Curso III, 2001, 38 ss. (38: “Hacia un concepto empírico-normativo de culpabilidad conforme a la Constitución”), aunque en 39 destaca, con HENKEL, FS-Larenz, 1973, 23 ss., que la capacidad de autodeterminación del hombre en el caso concreto sólo es parcialmente comprobable en aspectos concretos. Es muy destacable que ROXIN, que como hemos visto antes ha insistido tanto en la no demostrabilidad científica de la libertad de voluntad y en que por ello la culpabilidad no puede basarse en la tesis filosófica del indeterminismo, sin embargo acaba basando la culpabilidad en la libertad, pero fundamentada en datos empíricos y sobre todo en fundamentos normativos: en los primeros trabajos de modo menos enérgico e insistiendo en que la culpabilidad así concebida era utilizada sólo como límite de la pena, pero no como su fundamento, por tanto para ampliar derechos y libertades, no para restringirlos (Problemas básicos, 1976, 27 s., 54); en cambio en su manual, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/36 ss., PG I, 1997, § 19/34 ss., reconoce amplia y tajantemente la libertad, de base empírica y normativa, como integrante de la accesibilidad normativa en que consiste la culpabilidad y ésta ya es tanto fundamento de la pena como límite de la prevención. En todo caso ROXIN, Problemas básicos, 1976, 27 s.; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37 = PG I, 1997, § 19/35, insiste que una concepción así de la libertad o poder actuar de otro modo, con fundamento empírico y normativo, puede ser admitida como base de la culpabilidad tanto por los indeterministas como incluso por los deterministas, y también, añade, por los agnósticos a ese respecto: “asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor en este punto) y el determinista” (AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37 = PG I, 1997, § 19/35).

posibilidades de acción, y por ello como seres responsables de sus actos<sup>65</sup>, porque “la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta conciencia de libertad”<sup>66</sup>, porque la libertad de voluntad, en palabras de SCHÜNEMANN, es “una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un sector especialmente elemental al menos de la cultura occidental”<sup>67</sup>. Además, coincidentemente con ello, las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Así ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común; *Problemas básicos*, 1976, 54. “la conciencia humana de libertad como realidad social y física indiscutible”; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/41, 21, 37 y 40 = PG I, 1997, § 19/38, 19, 35 y 37; GRIFFEL, *ZStW* 98 1986, 35 s., 43, la libertad es una vivencia o experiencia interior irrefutable, pero tb. puede justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentable racionalmente; DREHER, *Die Willensfreiheit*, 1987, 296: libertad y la responsabilidad son un elemento irrenunciable de la convivencia humana, ya que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros; HIRSCH, *ZStW* 106 1994, 763 ss.; NDP 1996, 41 ss.: su reconocimiento por los ciudadanos; SCHÜNEMANN, en Schönemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, 163, 166 [= El sistema moderno, 1991, 154 s., 156]; GA 1986, 293 ss.; en Hirsch/Weigend (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik*, 1989, 147 ss., 151 ss.; FS-Lampe, 2003, 547 s.: la libertad es parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y de un sector especialmente elemental al menos de la cultura occidental, es socialmente real aunque sólo sea por asentarse en las estructuras elementales del lenguaje y la comunicación social, es una estructura social, firmemente asentada como parte de la realidad social; CEREZO, *Curso III*, 2001, 41: la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, reflejada incluso como destaca Schönemann en las estructuras del lenguaje y la reconstrucción de la realidad, el reconocimiento de la libertad de voluntad en la realidad social; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.<sup>a</sup>, 2002, XI/41 ss., 939 ss. y n. 70; HASSEMER, *InDret* 2011-1, 24: “Quien –por las razones que fuere– niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres ... nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción. Cuando no hay indicios de lo contrario, atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros ... porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”. Similar ya ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 192 ss.: “la creencia en la libertad intuida por nuestra conciencia”.

<sup>66</sup> ROXIN, *SchwZStr* 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/41 = PG I, 1997, § 19/38.

<sup>67</sup> SCHÜNEMANN, en Schönemann (ed.), *Grundfragen*, 1984, 163 = El sistema moderno, 1991, 154 s.

<sup>68</sup> Así LANGE, FS-DJT, 1960, 345 ss.; *Die moderne Anthropologie und das Strafrecht*, en Frey (ed.), *Schuld – Verantwortung – Strafe*, 1964, 277 ss.; ARTH. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, 116 ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, 11.<sup>a</sup>, 1969, 142 ss.; ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 13 s., 27 (en n. 23: “A R. Lange le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas

Por otra parte se destaca la regulación jurídica absolutamente universal, que parte de la libertad y responsabilidad de los hombres, de esa misma “imagen del hombre” como ser libre que los humanos tienen de sí mismos<sup>69</sup>; la negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la sociedad y el Derecho, porque sería muy difícil o incluso imposible que la organización social y el Derecho pudieran funcionar sin partir de la libertad de actuación de los hombres en circunstancias normales y consiguiente exigencia de responsabilidad a los mismos, pues la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan<sup>70</sup>: “una

---

investigaciones antropológicas”); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup>, 1996, 409 ss.; PG, 2002, 369 ss.; CEREZO, Curso III, 2001, 40 s.

<sup>69</sup> Sobre “la imagen del hombre” (*das Menschenbild*) por parte del Derecho penal cfr. JESCHECK, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, 1957; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation*, 2.<sup>a</sup> 1959; MAIHOFFER, *Menschenbild und Strafrechtsreform*, en *Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform*, 1964, 5 ss.; BAUER, *Das Strafrecht und das heutige Bild des Menschen*, en *Die deutsche Strafrechtsreform*, 1967, 11 ss. ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, llama “esa imagen del hombre, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad” al hecho de que los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad; CEREZO, Curso III, 2001, 40 ss. habla del “concepto del ser humano” y de la “concepción del hombre” como persona y ser libre y responsable por parte del Derecho y la Constitución.

<sup>70</sup> Así ROXIN, *Sentido y límites* (1966), en *Problemas básicos*, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común; Franz von Liszt y la concepción (1969), en *Problemas básicos*, 1976, 54: el PA parte de que “al hombre imputable ... se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental...; es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa”; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/21 (un determinismo estricto es prácticamente inviable) y 41 (v. nota sig.), PG I, 1997, § 19/19 y 38; SCHÜNEMANN, cit. en n. 65; CEREZO, Curso III, 2001, 41: el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, coincidiendo con Schünemann, y no hacerlo sería desconcertante y disfuncional, pues las normas serían concebidas sólo como factores causales de posible influencia en los individuos; CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.<sup>a</sup>, 2002, XI/42, 940: el determinismo “haría irrisorio todo nuestro sistema educativo, pensado para que el hombre aprenda a ejercer la libertad, motivándose correctamente, privaría de sentido al ordenamiento jurídico, que parte de la capacidad del hombre de motivarse conforme a deber, y, lo que es más grave, provocaría una especie de vuelta al estado de naturaleza, ya que cualquiera, en cualquier momento podría sucumbir a un impulso irresistible, sobre todo si ya cayó una vez”; por contra, añade (XI/41), desde la infancia llevamos a cabo actos tendentes a controlar impulsos que de otra forma nos llevarían a atentar contra nosotros mismos y contra los demás; HASSEMER, *InDret* 2011-1, 24: “Quien ... niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento

ordenación razonable de la vida social humana no es posible sin la concesión recíproca de libertad<sup>71</sup>. Por eso estamos, se afirma con unos términos u otros, ante la premisa o aserción normativa o suposición, presuposición o presunción normativa y constitucional de libertad<sup>72</sup> (basada, como el principio de culpabilidad, en elementos

---

jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas ... atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros ... porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”.

<sup>71</sup> Así ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/41 = PG I, 1997, § 19/38. Similar HASSEMER, cit. en n. anterior.

<sup>72</sup> Así ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común, 28: el concepto de culpabilidad “que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de responsabilidad... se debe reconocer el principio de culpabilidad “en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal”; Franz von Liszt (1969), Problemas básicos, 1976, 54: al hombre imputable “se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable”, como corresponde a la Constitución, y “ésta es una decisión normativa, es decir, un principio regulador político-social, que es completamente independiente de la posibilidad de fundamentar el indeterminismo ... Tal premisa jurídica de libertad ...”; MSchrKrim 1973, 316 ss., 320: el poder de autodeterminación como “principio normativo regulador de carácter generalizante”, “postulado políticocriminal dirigido al juez” o “suposición de libertad”; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685: “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona cuya capacidad de control en una determinada situación (aún) está acompañada también puede actuar libremente”; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37 [PG I, 1997, § 19/35] (“esta suposición de libertad ... la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber–, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre**. La suposición de libertad es una ‘aserción normativa’ [*normative Setzung*, tb. proposición o posición normativa], una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad”), 40 [PG I, 37] (la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas), 41 [PG I, nm. 38] (suposición de libertad, aserción normativa, “el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente”), 42 (aserción normativa), 46 [PG I, nm. 39] (se atribuye normativamente la posibilidad –derivada de la capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, empíricamente constatables– de conducta conforme a Derecho), 49 [PG I, nm. 42] (culpabilidad como suposición o hipótesis garante de la libertad); siguiendo a Roxin, BACKES, FS-Maihofer, 1988, 53 ss.; HIERRO, ADPCP, 1989, 561 ss., 568: suposición de libertad; MAURACH/ZIPF, AT, 8.<sup>a</sup>, 1992, 431, 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación; SCHÜNEMANN, cit. en n. 65; CEREZO, Curso III, 2001, 40-41: concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad; el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de

o valores constitucionales como la dignidad –incluso ahora MIR–, el libre desarrollo personalidad, la justicia, etc.)<sup>73</sup>; pero esta aserción normativa también tiene base fáctica, empírica, antropológica y sociológica, como se acaba de ver y que por eso el

---

sí mismos, coincidiendo con Schönemann; HEUN, JZ 2005, 853 ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.<sup>a</sup>, 2010, § 7/26: el Derecho penal presupone el “poder” dentro de ciertos límites definidos normativamente. Califican la libertad o poder individual como “ficción” normativa KOHLRAUSCH, FG-Güterbock, 1910, 26: “ficción necesaria para el Estado”; sobre ello ampliamente STRATENWERTH, Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion?, SchwZStr 101 1984, 225 ss.; HIERRO, ADPCP, 1989, 568: suposición o ficción de libertad. Este término en todo caso no me parece adecuado porque ficción es aparentar algo inexistente, imaginario, inventado o falso, y la libertad de elección de los hombres normales es algo que tiene como mínimo sólidas bases antropológicas y sociológicas, además de jurídicas, y lo más que sucede es que no se puede comprobar experimentalmente si existía o no en el caso concreto, pero tampoco que no existiera.

<sup>73</sup> Así ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad; Franz von Liszt (1969), Problemas básicos, 1976, 54: “persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental...; es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa”; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685: “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona ... puede actuar libremente porque”; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37 (“con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad”), 49 (culpabilidad como hipótesis garante de la libertad, dirigida contra los excesos punitivos del Estado, mantiene los límites propios del Estado de Derecho) = PG I, 1997, § 19/35, 42; MAURACH/ZIPF, AT, 8.<sup>a</sup>, 1992, 431, 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación; Cerezo, Curso III, 2001, 40-41: concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad. El principio de culpabilidad lo fundamenta gran parte de la doctrina en los mencionados principios constitucionales: además de los autores cit., cfr. p. ej., fundamentándolo mayoritariamente en la dignidad de la persona, WELZEL, Lehrbuch, 1969, 138; BACIGALUPO, LL 1982-2, 936 ss., siguiendo al Trib. Const. alemán podría derivarse del principio del Estado de Derecho y también de la dignidad humana (aunque el BVerfG añadía como fundamento tb. el derecho a la libertad general de actuación); CEREZO, DP y derechos humanos: experiencia española y europea, AP 1993, 194; Curso III, 2001, 16 s.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.<sup>a</sup>, 1996, 23 ss.; como he señalado *supra* n. 36, incluso MIR, que rechaza tajantemente la libertad de voluntad y basa la culpabilidad o imputación personal en el principio de igualdad, ahora añade en PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 4/66, su fundamento constitucional también “en la dignidad humana”; igualmente ahora MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.<sup>a</sup>, 2010, 355-357, fundan la culpabilidad, además de en la posibilidad de motivación por la norma en un apoyo constitucional: el proceso de motivación ha de ser conforme a las exigencias de igualdad del Estado democrático (356), y (357) exigir culpabilidad es “limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como sujeto responsable”. Además cfr. GARCÍA PÉREZ, ADPCP 1993, 642 ss.: se deriva de los preceptos constitucionales que consagran el valor superior de la justicia, la garantía de la seguridad jurídica, la dignidad de la persona y la presunción de inocencia; COBO/VIVES, PG, 5.<sup>a</sup>, 1999, 544, n. 36: fundamento en el principio de legalidad, la prohibición de exceso o exigencias generales del Estado de Derecho como el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Derecho no puede desconocer. Y obsérvese que de este modo se parte de la premisa de que hay libertad en todos los hombres, obviamente mientras no haya circunstancias excepcionales que la anulen en el hombre concreto, de modo que se afirma normativamente también la libertad del sujeto concreto al realizar y ya no hay que decir que se afirma por lo que otros en su lugar, o el término medio etc., habrían podido hacer. Anticipo ya que esta posición y estas fundamentaciones me parecen las más convincentes y son las que comparto (v. *infra* III).

Otra posible crítica, que en efecto han hecho algunos, consiste en que, aunque se admitiera la libertad o el poder actuar de otro modo, es insuficiente o inexacto como fundamento de la culpabilidad, puesto que hay muchos casos en que no se declara culpables a personas que sí eran capaces de actuar de otro modo, o sea que no tienen excluida la libertad, ya que se les exculpa por situaciones de inexigibilidad o consideraciones normativas<sup>74</sup>. Sin embargo, esta crítica no es decisiva: la libertad no es el fundamento único de la reprochabilidad, aunque sí necesario para la misma, de modo que ciertamente en algunos casos podrá no ser reprochable ni por tanto culpable la actuación de una persona, pese a que en puridad sí tenía libertad para haber actuado lícitamente en vez de ilícitamente, si por otros motivos de dificultad situacional se le podía disculpar (es decir que, aparte de la no libertad, puede haber otros fundamentos para la exculpación), pero lo que no podrá haber es reprochabilidad y culpabilidad si el sujeto carecía de libertad en el caso concreto.

c' 2) Es discutible si la libertad de decisión o poder actuar de otro modo es un criterio normativo u ontológico-fáctico. Para quienes, por razones religiosas o sólo racionales y éticas, toman partido en la polémica filosófica a favor del indeterminismo el libre albedrío humano será una realidad innegable, que pertenece al mundo del ser, y por tanto una categoría ontológica, pero que, eso sí, permite una valoración normativa como es la reprochabilidad de la conducta injusta libremente realizada. En cambio, para las fundamentaciones, crecientes en la actualidad, que como hemos visto parten de una atribución jurídica de libertad, basada también en la convicción y atribución social de la misma, la libertad de actuación es un criterio claramente normativo o un criterio mixto empírico-normativo.

## **2) Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: ROXIN**

Por la importancia e influencia de las posiciones de ROXIN en la ciencia penal, hago referencia separada a las mismas en cuanto a su formulación de la accesibilidad normativa, sin detenerme en cambio en la segunda categoría de la “responsabilidad”

<sup>74</sup> Cfr. p.ej. ROXIN, FS-Henkel, 1974, 175 s. = “Culpabilidad” y “responsabilidad”, Problemas básicos, 1976, 204 s. (actualmente, en cambio, *Roxin* ya no formula esa objeción, ya que, en AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006 [PG I, 1997], § 19/3 ss., considera que la culpabilidad en sentido estricto requiere accesibilidad a la norma y poder de autocontrol para poder actuar conforme a la norma, mientras que en los casos en que pese a ese poder no hay exigibilidad ni necesidades preventivas lo que falta es la “responsabilidad”, lo que por tanto no afecta a la culpabilidad); MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/41, 44.

que propone, que no afecta al objeto de este trabajo. (Por la misma razón se prescinde aquí de la importante concepción de JAKOBS).

a') *Posiciones iniciales*

Después de haber sido durante mucho tiempo muy crítico con la concepción tradicional de culpabilidad como reprochabilidad basada en el indemostrable poder actuar de otro modo acorde con el indeterminismo y usada como fundamento de la pena (sobre todo si se concibe como retributiva) y sin embargo acabar aceptando como límite de la pena esa misma culpabilidad basada en la libertad, eso sí, fundamentada de modo no indeterminista, basada en el dato empírico de la convicción social universal de la libertad de los hombres y en la suposición, premisa o aserción normativa y constitucional de libertad, ROXIN ya en su *Kriminalpolitik* de 1970 anticipa una nueva posición, la de que en la categoría llamada culpabilidad lo que realmente cuentan son los principios políticocriminales de la teoría del fin de la pena: la prevención general y la especial, cuya necesidad se excluye cuando hay situaciones de inculpabilidad. En su trabajo “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas juridicopenales, de 1974, desarrolla su tesis sosteniendo que la culpabilidad basada en ese poder actuar de otro modo (que en otros trabajos ha fundamentado empirico-normativamente) y que admite, sin embargo se puede dejar de lado y al final no es decisiva, ya que, aunque en el caso concreto se parta del poder actuar de otro modo, siempre se podrá negar la necesidad juridicopenal de sancionar, o, visto afirmativamente, “lo decisivo es que el legislador desde puntos de vista juridicopenales quiera hacer responsable al autor de su actuación”, y esta cuestión se dilucida dentro de otra categoría que denomina “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*<sup>75</sup>), por lo que añade: “por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad”<sup>76</sup>; y para determinar si hay responsabilidad se examina en las diversas eximentes de la misma si aunque haya culpabilidad no hay necesidad de pena a efectos de los fines políticocriminales de la pena, a efectos de prevención general y especial, y va argumentando cómo no se da esa necesidad de pena ni para la prevención general (entendida unas veces como evitación del mal ejemplo y otras como aceptación social del Derecho) ni para la especial tanto en

---

<sup>75</sup> De los términos alemanes equivalentes a responsabilidad: *Verantwortlichkeit*, *Verantwortung* y *Haftung*, ROXIN elige el primero, que, aunque es prácticamente idéntico al segundo, indica más la cualidad de responsabilidad del sujeto en el acto, de sujeto responsable, mientras que *Verantwortung* –que era el término que había utilizado antes MAURACH para su categoría de la *Tatverantwortung*: “responsabilidad por el hecho”, intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad (MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948, passim; AT, 4.<sup>a</sup>, 1971 [Tratado I, 1962], §§ 31 ss.; seguido por su discípulo ZIPF: MAURACH/ZIPF, AT I, 8.<sup>a</sup>, 1992, §§ 31 ss.)– tiene ciertamente esa connotación, pero también indica más, igual que *Haftung*, la idea de responsabilidad por (no en) el acto que se exige al sujeto, de responsabilidad –moral, social, jurídica– consistente en la imposición de una obligación (p. ej. de indemnizar) o de una sanción. Ahora bien en su tratado, aunque utiliza constantemente la rúbrica “*Verantwortlichkeit*” o exclusión de la misma, también emplea a veces como sinónimos los otros términos: v. p. ej. ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/5 (*Verantwortung*), 1 (*Haftbarmachung*, equivalente a *Haftung*).

<sup>76</sup> Cfr. sobre todo lo anterior ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1970, 2.<sup>a</sup> 1973, 33 ss.; Política criminal, 1972, 67 ss.; FS-Henkel, 1974, 181 s. = Problemas básicos, 1976, 209-210.

eximentes legales como el estado de necesidad disculpante, los supuestos de inimputabilidad, el error de prohibición inevitable, o el exceso de la legítima defensa por turbación, terror o espanto, a principios regulativos como la inexigibilidad o la insignificancia en delitos imprudentes y a causas supralegales de exclusión de la “responsabilidad” como en los casos de “eutanasia” de algunos pacientes para preservar al resto del exterminio nazi o en la omisión del socorro consistente en transfusión sanguínea por motivos de conciencia<sup>77</sup>. Posteriormente va reformulando en diversos trabajos la relación entre culpabilidad y “responsabilidad” y sobre todo llega a admitir claramente la culpabilidad bajo la fórmula de “accesibilidad normativa”<sup>78</sup>, que ahora examinamos.

### *b') Posición actual*

En su formulación actual, desarrollada en su tratado, ROXIN hace una síntesis de los conceptos “culpabilidad” y “responsabilidad”, que unas veces aparecen separados, pero en su concepción global el primero es integrante del segundo<sup>79</sup>. En cualquier caso, para la “responsabilidad” jurídicopenal en sentido amplio considera necesarias, primero la “culpabilidad” basada en la accesibilidad o apelabilidad normativa, y segundo la “necesidad preventiva de sanción penal”, “necesidad preventiva de pena” o “necesidad de prevención”<sup>80</sup>, lo que también se puede denominar “responsabilidad” en sentido estricto –puesto que aquí se trata de las “causas de exclusión de la responsabilidad”– como categoría determinada por la necesidad preventiva de pena (más exactamente, por no faltar las necesidades preventivas de pena), tal como empezó a sostener en 1970, y que va desarrollando en el examen de las diversas causas de “exclusión de la responsabilidad”, que son las usualmente llamadas causas de exculpación o disculpa<sup>81</sup>. Pero ROXIN ahora ya acepta sin reticencias como primer requisito la culpabilidad, entendida como accesibilidad normativa basada en la libertad de determinación y de actuación como aserción normativa.

### *c') Accesibilidad normativa como culpabilidad*

Según el criterio de ROXIN culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa”; según esto la base o fundamento material de la culpabilidad

<sup>77</sup> Cfr. ROXIN, FS-Henkel, 1974, 182-197 = Problemas básicos, 1976, 210-225.

<sup>78</sup> Cfr. sobre todo ello ROXIN, FS-Bockelmann, 1979, 279 ss.; Culpabilidad y prevención en DP, 1981; ZStW 96 1984, 641 ss.; SchwZStr 104 1987, 356 ss. = CPC 1986, 671 ss.; JuS 1988, 425 ss. = CPC 1992, 169 ss.; FS-Arth.Kaufmann, 1993, 519 ss.= en: Roxin, Dogmática penal y Política criminal, 1998, 169 ss; FS-Kaiser, 1998, 885 ss.; FG-Brauneck, 1999, 385 ss.; FS-Mangakis, 1999, 237 ss.; utiliza la “accesibilidad normativa” desde ZStW 96 1984, 652 s.; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685.

<sup>79</sup> En efecto, la Sección 5.<sup>a</sup> del libro se denomina “Culpabilidad y responsabilidad” como dos conceptos en paridad, pero a continuación le da cierto carácter globalizador a la responsabilidad como integrado también por la culpabilidad al dedicar el § 19 a “Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad” y comenzar su apartado I con “Culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal”. Cfr. ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19; PG I, 1997, § 19.

<sup>80</sup> ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/3, 7, 5 = PG I, 1997, § 19/3, 6, 4.

<sup>81</sup> Cfr. ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006 [PG I, 1997], § 19/1, 3 ss., §§ 20-22.

es la accesibilidad normativa o accesibilidad a la norma (“*normative Ansprechbarkeit*”, término formulado por primera vez por NOLL<sup>82</sup>, en otras posibles traducciones abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad por la norma o normativa<sup>83</sup>, por tanto accesibilidad por la norma desde una perspectiva: el sujeto es accesible, apelable, abordable por la norma; accesibilidad a la norma desde una segunda perspectiva: la norma es accesible para el sujeto, puede acceder a ella), es decir, que el sujeto “según su constitución espiritual y anímica estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma”, que “(aún) le eran psíquicamente accesibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma”, que “la posibilidad ... psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto”; e indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología<sup>84</sup>. Pero ROXIN añade que la accesibilidad normativa y consiguiente culpabilidad “parte de” la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa” o premisa, suposición o disposición normativa, y ya hemos visto que, aunque sigue señalando que la libertad en el caso concreto es indemostrable

<sup>82</sup> NOLL, FS-H. Mayer, 1966, 219; así lo destaca ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/36 n. 86, PG I, 1997, § 19/34 n. 69.

<sup>83</sup> El sustantivo *Ansprechbarkeit*, derivado del adjetivo *ansprechbar* (donde los sufijos alemanes *-barkeit* y *-bar* equivalen a los españoles *-bilidad* y *-ble*), tiene una bastante difícil traducción. El verbo *ansprechen*, de donde ambos provienen, significa, con diversos matices, dirigir la palabra a alguien, acercarse para hablarle, abordarle, apostrofarle, apelarle, llamarle, reclamarle o requerirle. Entonces *normative Ansprechbarkeit* se puede traducir, desde una perspectiva activa del sujeto, como la accesibilidad a la norma, ser o estar accesible a la llamada o apelación de la norma (y en efecto ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19 nm 36; PG I, 1997, § 19/34, utiliza el término alemán “accesible”, o sea “*zugänglich*”: al sujeto le eran psíquicamente aún accesibles las posibilidades de decisión: “*ihm Entscheidungsmöglichkeiten... psychisch noch zugänglich waren*”); y desde una perspectiva más bien pasiva del sujeto, como abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad o requeribilidad por la norma, es decir, ser el sujeto abordable por la norma o susceptible de que la norma le apele, le llame, le reclame o le requiera. FIGUEIREDO DIAS, PG I, 2.<sup>a</sup> 2007, 520 lo traduce como “apelabilidad normativa”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su traducción de esta parte del manual de ROXIN (PG I, 1997, § 19/34 ss.), ha utilizado la expresión “asequibilidad normativa”, e igual DEMETRIO, RGDP 8 2007, 16 (y yo mismo he utilizado indistintamente asequibilidad y accesibilidad en ADPCP 1989, II 3. a 1 y b 2, 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> párr, tb nota 130; PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, IV 1. a, IV 2. a, y b 1, 3<sup>o</sup> párr), pero me parece preferible “accesibilidad”, aunque frecuentemente se utilizan como sinónimos, porque asequible es lo “que puede conseguirse o alcanzarse”, mientras que “accesible” significa “que tiene acceso” a algo, en este caso a la norma y a la llamada o apelación de la norma o, si se quiere, que la norma tiene acceso a él.

<sup>84</sup> Esta afirmación y todo el planteamiento inicial en ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/36; PG I, 1997, § 19/34. Ya he señalado, *supra* II 4 c 2, que así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa podría parecer un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo; es más, ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/36 n. 86; PG I, 1997, § 19/34 n. 69, indica que el criterio se halla en la tradición de Franz von Liszt, quien caracterizó la imputabilidad como “determinabilidad normal por motivos”, y éste es de carácter empírico o fáctico; sin embargo, como ya anticipé y a continuación repito, el criterio de ROXIN es empírico-normativo al vincularlo a la libertad de voluntad.

experimentalmente, la fundamenta doblemente: en el dato empírico-sociológico de la aceptación y convicción social general de la existencia de libertad, en la que descansa la organización social, y la recepción jurídica y constitucional casi universal de esa convicción<sup>85</sup>. Con lo cual, su concepción es predominantemente normativa, aunque también con fundamentos empíricos, por tanto mixta, empírico-normativa<sup>86</sup>. Hay que subrayar que la accesibilidad “parte de la libertad”, por tanto accesibilidad a la norma no significa sólo que el sujeto puede conocer y comprender el mandato, normalmente prohibición, de la norma penal y percibir la prohibición y la amenaza de pena como posible motivación de su conducta, pero sin que ello signifique afirmar que el delincuente podía decidir conforme a la motivación normativa (porque se cree que no o no se sabe), sino que significa además que el sujeto normal puede, es libre de, si quiere, determinarse según la norma, es decir, decidir y actuar de otro modo a como actuó, actuar de modo lícito en vez de ilícito; por tanto la accesibilidad normativa de ROXIN equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación<sup>87 88</sup>.

En una estimación de conjunto de toda la construcción de ROXIN, merece valoración positiva que haya llegado a la posición de admitir con claridad la culpabilidad, su criterio material de la accesibilidad normativa o apelabilidad normativa, que es una interesante aportación al entendimiento del funcionamiento de los mecanismos de la capacidad de determinarse por las normas, que ambas, culpabilidad y accesibilidad, las base en la libertad de voluntad como categoría socialmente aceptada y como aserción normativa, y que considere que la culpabilidad no sólo es límite, sino también fundamento de la pena. Sólo no me parece compartible su tesis de reducir la culpabilidad a la accesibilidad normativa y no considerar terminológica o conceptualmente que se puede seguir hablando de exclusión de la culpabilidad en las

---

<sup>85</sup> Cfr. sobre todo ello ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/36 ss., 41, 46 = PG I, 1997, § 19/34 ss., 38 s.; ya antes p.ej. en SchwZStr 104 1987, 356 ss. = CPC 1986, 671 ss. V. ampliamente en detalles *supra* II 4 d 1 c'. ROXIN formula su concepto de accesibilidad normativa ya en ZStW 96 1984, 652 s.; SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685; FS-Mangakis, 1999, 237.

<sup>86</sup> Así ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/46; PG I, 1997, § 19/39: “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”, y todos los lugs. cites. en nota anterior. Ya antes de hablar de accesibilidad normativa, en Sentido y límites, Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz von Liszt, Problemas básicos, 1976, 54. V. *supra* n. 64.

<sup>87</sup> Criterio que defiende FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade. Culpa*, 2.<sup>a</sup>, 1983, 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.); PG I, 2.<sup>a</sup>, 2007, 522-524; pero mientras que ROXIN se refiere a la accesibilidad y libre posibilidad de determinación por la norma en el hecho concreto, recuérdese (v. *supra* n. 23) que FIGUEIREDO reconduce la libertad sobre el hecho a la libertad de decisión sobre el carácter, sobre su modo de ser (culpabilidad por el carácter), diciendo (PG I, 524) que la elección de la acción concreta “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser... El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

<sup>88</sup> Nótese por último que esta concepción de la culpabilidad, aunque no emplea el término reprochabilidad, en el fondo coincide con ese criterio, puesto que “actuar de modo ilícito, injusto pese a la accesibilidad normativa”, que supone libertad para haber podido determinarse por la norma y no de modo antijurídico, evidentemente implica la reprochabilidad individual de esa actuación, sólo que la caracterización de ROXIN precisa y profundiza bastante más en la formulación del fundamento de la reprochabilidad, o sea del concepto material de culpabilidad.

eximentes que trata como excluyentes de la responsabilidad. En efecto, la cuestión es más discutible en cuanto a su nueva categoría de la “responsabilidad”, cuestión que aquí no vamos a tratar.

### III. POSICIÓN PERSONAL: REPROCHABILIDAD JURÍDICA-PENAL INDIVIDUAL Y VALORACIONES NORMATIVAS

#### 1. La reprochabilidad jurídica-penal individual y sus bases

En mi opinión –y abandonando la posición que mantuve en obras anteriores de basar la culpabilidad, concebida de modo neutro como responsabilidad personal, exclusivamente en la motivabilidad normal y en la no necesidad de prevención general ante la inculpabilidad–, es correcta la muy mayoritaria *concepción normativa de la culpabilidad*, entendiéndola como *reprochabilidad jurídica-penal individual del hecho* típico. Lo primero que hay que destacar es que el concepto no está impregnado, como a veces se afirma, de una indeseable connotación moralizante, y menos metafísica o religiosa<sup>89</sup>: se trata de reprochabilidad jurídica, desde valoraciones jurídicas, y concretamente jurídica-penal<sup>90</sup> (reprochabilidad que tiene incluso su confirmación en el Derecho positivo español dentro de la LORPM<sup>91</sup>), porque se trata de si al sujeto se le puede reprochar, y lo merece, desde la perspectiva penal la comisión de un hecho como delictivo, y naturalmente que se le puede formular un reproche social y jurídico al sujeto por haber cometido un hecho criminal, delictivo si es responsable de ello; por lo demás, no se puede desconocer que ciertamente el reproche jurídico-penal y social de ser responsable de un delito implica también

<sup>89</sup> Cfr. sobre el rechazo al reproche moralizante e incluso religioso vinculado a la retribución BRAUNECK, MSchrKrim 1958, 129; ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 14; sobre la acusación de metafísica como la libertad o poder actuar de otro modo ROXIN, Franz von Liszt (1969), en problemas básicos, 1976, 54; MUÑOZ CONDE, GA 1973, 68; Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención, 1981, 23; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 8.ª 2010, 351; MIR, PG, 10.ª, 2015/16, 20/41.

<sup>90</sup> Lo destaca CEREZO, Curso III, 2001, 42.

<sup>91</sup> En efecto, hay que destacar que incluso en el Derecho penal de los menores la regulación española de la LORPM, precisamente porque considera que no son totalmente inimputables los mayores de 14 y menores de 18 años, habla reiteradamente de la reprochabilidad de sus conductas: así el art. 14.1 permite la modificación de la medida impuesta “siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste *el reproche merecido* por su conducta”, el art. 23.1 considera que la instrucción del Fiscal tendrá como objeto entre otros “valorar la participación del menor en los hechos para *expresarle el reproche que merece* su conducta” y el art. 27.4 permite “no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido *expresado suficientemente el reproche* al mismo a través de los trámites ya practicados”, el 51.2 permite la sustitución de la medida si la conciliación “y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente *el reproche que merecen* los hechos cometidos por el menor” y el art. 50.3 entiende que el quebrantamiento de medida por el menor como infracción “*merecedora de reproche sancionador*”.

generalmente una connotación de reproche ético<sup>92</sup>, ya que, aunque no todas las conductas inmorales son ilícitos jurídicos ni menos ilícitos penales, a la inversa la gran mayoría de las conductas delictivas, si están bien seleccionadas por su dañinidad social, son al tiempo conductas inmorales, atentatorias contra la ética social. Tal reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta.

## 2. Libertad: fundamento empírico y normativo. Libertad como presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma

### *a) La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales*

En cuanto a la libertad de decisión y actuación conforme a lo decidido o poder actuar de otro modo, lo que abreviadamente se denomina libertad de voluntad, que constituye el *presupuesto volitivo de la posibilidad humana de determinación por la norma*, es decir de que la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y por tanto de motivarse y determinarse conforme a la norma penal, aunque haya optado por infringirla, cabe decir lo siguiente:

Si empíricamente no es verificable la libertad de un ser humano en el hecho concreto, pero exactamente igual que tampoco lo es la hipótesis del determinismo de que el hombre obra siempre sin libertad, totalmente determinado por causas o motivos que no controla, y si los pretendidos intentos de comprobación científica de la falta de libertad humana son inadecuados precisamente por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza, entonces resulta **más convincente y adecuado en el campo de la valoración y regulación jurídicopenal de la actuación humana en sociedad partir de la base de la que parten tanto la sociedad, la inmensa mayoría de los humanos, como las normas sociales y jurídicas de modo prácticamente universal: partir de que el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal tiene libertad para decidir y actuar de un modo u otro**, cumpliendo las normas o infringiéndolas, y por eso es responsable en caso de infracción.

Además hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los sexuales, donde ciertamente puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por

---

<sup>92</sup> Igual CEREZO, Curso III, 2001, 42: ciertamente son diferentes, pero “se trata de dos conceptos íntimamente relacionados”.

la voluntad consciente, y efectivamente a veces se da excepcionalmente una situación anómala así que puede excluir o disminuir la culpabilidad, pero, aunque esto no se suele destacar en la discusión, resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, como fraudes, falsedades, delitos fiscales, medioambientales, urbanísticos, corrupción de funcionarios como cohecho o tráfico de influencias etc., en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable.

**b) Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias**

Es cierta la indemostrabilidad empírica, mediante experimentos, del libre albedrío de alguien concreto: es irrepetible la situación del sujeto en el momento del hecho y no se puede reproducir después exactamente igual para comprobar si alguna otra vez decide reaccionar de otra manera, porque ya tiene experiencia, memoria, conocimiento y valoraciones previas de la situación anterior, pero además porque ser humano tiene inteligencia y razón y no sabemos si su valoración y ponderación de lo último sucedido pesará como motivo más. Pero es que eso mismo es lo que impide comprobar experimentalmente la determinación necesaria y automática de la actuación del hombre como pretende el determinismo: en efecto, no se puede repetir una vez tras otra, como en los experimentos de laboratorio, exactamente la misma situación del sujeto que cuando cometió el hecho para comprobar esta vez si siempre reacciona idénticamente e inferir de ahí que no podía actuar de otro modo, pues la situación humana nunca será la misma, dado que el individuo cada vez tiene la experiencia de lo anterior y sus consecuencias, ha podido valorarlo y ha tenido otras experiencias en el intervalo. Además, la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible.

Por otra parte no se puede admitir en absoluto una pretendida validez universal de parciales y aislados experimentos de las **neurociencias** sobre los impulsos neuronales, máxime cuando en gran parte se producen en comprobaciones con patologías o incluso daños cerebrales, y menos la validez de las inferencias que de ellos se quieren extraer de que sólo las capas profundas neuronales determinan realmente el actuar humano y le imponen totalmente su decisión a la parte cerebral donde radican la conciencia y voluntad, con lo que toda la percepción que los humanos tenemos de que en situación normal elegimos y decidimos consciente y voluntariamente no sería más que un espejismo, una vana ilusión<sup>93</sup>. Por eso el determinismo se remite como

---

<sup>93</sup> Así ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, 553; SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 43 ss., 48 ss.; PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 ss.; cfr. DEMETRIO CRESPO, *InDret* 2011-2, 5 ss.. En contra de estas tesis hay que

argumento de peso, no a la comprobación empírica, sino a la validez universal de una ley natural, la ley de la causalidad; así dice MIR<sup>94</sup> que “resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa”, y en consecuencia sostiene, como vimos, el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”<sup>95</sup>. Y en las neurociencias se afirma lo mismo: así sostiene SINGER que, dado que las neurociencias proporcionan crecientemente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios, y no tenemos razones para dudar que en el caso de los animales todo comportamiento está completamente determinado, descansa en funciones cerebrales y por consiguiente está sometido a las leyes deterministas de procesos psico-químicos, la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos<sup>96</sup>.

Sin embargo, esta pretendida cuasi-igualdad de los cerebros animales y el humano no se basa en pruebas irrefutables y comprobadas en todos los humanos en comparación con todos los animales (¿incluyendo las formas menos desarrolladas? ¡!) ni tampoco en una argumentación lógica incontestable, sino que más bien se basa en un pre-juicio firmemente asentado en muchos de estos científicos experimentales, el de que nada en el mundo, ni las fuerzas de la naturaleza, ni los animales ni los humanos, puede sustraerse a las leyes de la causalidad<sup>97</sup> (ciega) y por tanto ningún ser puede obrar de modo distinto a como lo hace, por estar determinado a ello por causas que no controla, es decir la tesis del determinismo. Pero ocurre que, aunque por supuesto que otros

---

recordar (v. n. 63) que, como señala ROXIN AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/44, el iniciador de esta posición en la neurobiología, LIBET, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 268 ss., 277, acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes”.

<sup>94</sup> PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/40.

<sup>95</sup> MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, n. 43 p. 550 (en 20/52) el primer entrecomillado; y en 20/52 el segundo entrecomillado.

<sup>96</sup> Así SINGER, en Geyer (ed.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, 37. Argumentando nuevamente con la similitud con la conducta animal, SINGER, cit., 35, 31 ss., sostiene que, igual que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está completamente determinado, tendríamos que aceptar que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que éstos están determinados a su vez por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso, por la multitud de factores epigenéticos y procesos educativos que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y finalmente por la historia previa inmediata, que resuena en la dinámica de la interacción neuronal. Citándolo y exponiendo ampliamente su posición DEMETRIO CRESPO, *InDret* 2011-2, 11, 10 ss.

<sup>97</sup> Este mismo prejuicio de orientación se detecta en PRINZ, en *Psychologische Rundschau* 55/4 2004, 198 (cit. por DEMETRIO, *InDret* 2011-2, 11, 7), cuando dice que hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la Psicología es como desde el punto de vista de la Zoología hablar del unicornio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina, es por tanto un mero constructo teórico social y cultural.

motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa. Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza, incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser<sup>98</sup>, de poder por el contrario controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente. Y esto es algo que efectivamente comprueban hace mucho tiempo tanto la antropología<sup>99</sup> como la psicología<sup>100</sup>, de modo por cierto totalmente coincidente con la convicción social absolutamente dominante y constatable sociológicamente, a saber que el aparato psíquico-espiritual humano posee, junto a pasiones, instintos, impulsos incluso inconscientes, con su fuerza (que a veces puede ser patológica y excesiva), una instancia consciente, lo que el psicoanálisis denomina el “yo”, en donde radica la inteligencia, la consciencia y la conciencia de los valores, la voluntad y su capacidad de control de los impulsos y deseos y de elegir y decidir la actuación; y poco a poco

---

<sup>98</sup> MIR, PG, 10.<sup>a</sup>, 2015/16, 20/40, tras invocar la sujeción de la voluntad humana a la ley de la causalidad, reconoce ciertamente: “Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* conforme a sentido”, pero a continuación explica del modo siguiente cuáles son esos factores: “la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluír, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según su modo de ser –del que no es libre– en el momento concreto e irrepetible le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea”; con lo que resulta que lo decisivo es la personalidad determinada originada por la disposición hereditaria y el medio, que reacciona según su modo de ser no libre y no puede dejar de decidirse de otro modo a como lo hizo, es decir que la decisión sí es un producto determinado de un modo complejo pero mecanicista al fin y al cabo.

<sup>99</sup> Cfr. obras citas. *supra* en n. 68. Pese a insistir siempre en la indemostrabilidad científico-natural de la libertad de voluntad, ROXIN, Sentido y límites (1966), en Problemas básicos, 1976, 27, destaca (invocando en n. 23 la aplicación por LANGE de las investigaciones antropológicas al Derecho penal) “el hecho de que los hombres –de acuerdo con su relativa ‘ligazón a los instintos’ y con la ‘apertura al mundo’ condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas– existen en todos los tiempos con la conciencia de la libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido”, por lo que en 28 dice que “el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir”; y en 13 resume: “las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente”.

<sup>100</sup> Cfr. CEREZO, Curso III, 2001, 40 s.

se va descubriendo trabajosamente las partes cerebrales en que se asienta la posibilidad física de esos procesos psíquicos, pero lo que es comprobable de modo totalmente general es que en los sujetos normales y en circunstancias no anormales la voluntad consciente tiene capacidad de controlar los impulsos y de decidir lo que prefiere.

La libertad de decisión consiste en la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, de ser, gracias a la capacidad racional de motivación y autocontrol, *dueño de los propios actos* –naturalmente dentro de límites de lo humanamente factible–, en vez de un mero juguete de las circunstancias, los impulsos inconscientes y demás condicionantes<sup>101</sup>, salvo cuando concurren condiciones o circunstancias totalmente anormales que impiden o perturban dicha capacidad de la voluntad consciente. Este dominio de los propios actos y control de los impulsos y emociones profundas es algo que, como es sabido, se puede adquirir paulatinamente con el uso de medios como fármacos o sustancias, o de diversas técnicas de ayuda psico-fisiológica como terapias y entrenamiento de conducta, yoga, meditación profunda o introspección.

Es por ello esencialmente correcto el planteamiento doctrinal del fundamento mixto: empírico –sociológico, antropológico y psicológico– y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad. Y de ese modo se puede prescindir de la no demostrabilidad mediante experimentos o mediante comprobaciones físico-químicas-biológicas de la libertad o no libertad de todo y cada hombre en cada actuación concreta: hay que volver a insistir un siglo después en algo que puso de relieve la concepción neoclásica del delito basándose en aportaciones del neokantismo y la filosofía de los valores, a saber que el método de las ciencias naturales (aparte de la matemática, la experimentación física, química y derivados biológicos, fisiológicos etc.) no es adecuado para comprender los objetos de los que se ocupan las “ciencias del espíritu”, o sea las ciencias humanas y sociales, en los que esa corriente destacó que hay que tener en cuenta peculiaridades humanas y sociales, entre otras cosas valores, elementos de sentido y normativos<sup>102</sup> (v. *supra* 9/28 ss.). Y, como destaca certeramente ROXIN<sup>103</sup>, se puede prescindir también de tomar partido a efectos de culpabilidad en la polémica indeterminismo/determinismo, respecto de la cual en el campo filosófico y teórico-cognoscitivo cada uno se inclinará por lo que le parezca más convincente, ya que a efectos de la convivencia de los hombres en sociedad, y por tanto a efectos de resolver un problema humano-social como la culpabilidad por

---

<sup>101</sup> Y por cierto: el uso de la racionalidad y la razón presupone también, entre otras cosas, que se pretende influir con la fuerza racional y plausibilidad de los argumentos para convencer a los otros. Si no fuera así, carecería de sentido toda discusión pretendidamente racional y razonable en la ciencia, la lógica, la filosofía, la política, etc.: ¿para qué se esfuerzan p. ej. los neurocientíficos y los deterministas en convencer a los demás en esta materia, si resulta que la decisión de adoptar una u otra posición al respecto no va a ser tomada racionalmente por la voluntad consciente, sino determinada totalmente y adoptada en cualquier caso ya antes por impulsos inconscientes, incontrolables y no accesibles a la argumentación racional?

<sup>102</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso DP; PG I, 1996, 230 ss.

<sup>103</sup> Cfr. ROXIN, Sentido y límites, en Problemas básicos, 1976, 27 s.; Franz v. Liszt, Problemas básicos, 1976, 53 s.; AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37-46 = PG I, 1997, § 19/35-39.

el delito, ya toman partido a favor de la existencia de la libertad de decisión y actuación por una parte la propia sociedad y su convicción, apoyada por ciencias humanas, y por otra el Derecho.

**c) Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales**

En efecto, por una parte tienen razón todos los que afirman que la aceptación en circunstancias normales de la libertad de la voluntad de las personas para decidir y actuar se basa empíricamente de entrada en la conciencia, percepción, experiencia y convicción prácticamente universal de los humanos de que, aun teniendo condicionantes por su modo de ser, circunstancias, impulsos o pasiones, los hombres en circunstancias no excepcionales o anormales, usando su razón y teniendo en cuenta su conciencia o su conveniencia, son capaces no sólo de acceder a las normas, conocerlas, comprenderlas y motivarse por ellas, sino también capaces y libres para controlar con su voluntad consciente sus impulsos, tendencias o preferencias y para decidir actuar de un modo u otro, en el caso de los hechos delictivos de modo contrario o conforme a las normas penales y para actuar conforme a esa decisión. Y esa convicción y experiencia humanas se reflejan en las pautas, normas sociales y organización de la vida comunitaria, que reconocen y respetan a los individuos como personas con su dignidad precisamente porque se los reconoce como seres libres y con la responsabilidad que de ahí se deriva (lo que luego tiene su correlato y reflejo en la normación jurídica): Pues, por una parte, la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan (cfr. *supra* texto corresp. a n. 70), lo que tendría un efecto catastrófico tanto para las exigencias de justicia como para la eficacia mínima de la prevención general (de intimidación y de respeto y convicción) como medio de protección de bienes jurídicos; es más, la mayoría de los delincuentes, especialmente los autores de los delitos más graves como asesinos, genocidas, terroristas, violadores, etc., estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que, con seguridad o posiblemente, los “pobres” no actuaban libremente al delinquir y por ello no se les podía reprochar nada ni considerarlos culpables, responsables, sino que a lo sumo habría que ponderar si aplicarles una medida de seguridad. Y por otra parte, si por el contrario, precisamente para evitar ese efecto desastroso, se exigiera responsabilidad penal de todos modos a personas no consideradas como libres en su actuación, los ciudadanos no entenderían ni aceptarían como justa la exigencia de la responsabilidad más grave si se aplicara a seres que no podían actuar de otro modo o de los que no sabemos si podían actuar de otro modo. Y sobre las valoraciones y convicciones sociales hay que añadir por último que, igual que los propios delincuentes no entenderían y se burlarían de ello, la misma incomprensión absoluta, pero en este caso con rechazo social activo, se produciría en la sociedad ante un sistema social y jurídico que de modo general no considerara libres y responsables de sus delitos a los delincuentes por muy normales que sean y que se abstuviera por ello de reprocharles penalmente sus delitos (y reaccionara a lo sumo en algunos casos de peligrosidad con medidas de seguridad neutras); ello produciría indignación en el caso de los delitos más graves, pero también habría una total incomprensión social en el caso de la mayoría de los delitos medianos y menos graves,

pues, como hemos visto (*supra* III 2 a), en ellos socialmente (desde las concepciones valorativas, éticas y jurídicas de la sociedad) se consideraría hasta ridículo negar la libertad de decisión de los que los cometen. Por todo ello tales premisas de existencia de libertad de decisión y capacidad de control de sus actos en las personas normales son indispensables para el funcionamiento de la organización social y normativa que conocemos<sup>104</sup>. Todo esto es no sólo susceptible de una elemental verificación sociológica, sino que la aceptación de la libertad está corroborada coincidentemente por las indicadas comprobaciones de la antropología y la psicología sobre las peculiaridades del actuar humano<sup>105</sup>.

#### **d) La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas**

Y por otra parte, y esto es decisivo, todos los ordenamientos jurídicos mínimamente avanzados, históricamente y desde luego en la actualidad, parten de la libertad de decisión y actuación y de la consiguiente responsabilidad de los seres humanos normales en circunstancias normales, y tienen esa posición precisamente coincidiendo con y basándose en el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones y necesidades sociales, de los humanos y en la confirmación por los indicados datos antropológicos y psicológicos; y ello tanto más en los ordenamientos jurídicos de supremacía constitucional y orientados al Estado de Derecho como son los del modelo occidental, en que se consagra a la libertad como un valor constitucional superior, quizás el inspirador de todo el edificio constitucional y jurídico. **La Constitución Española** de 1978 no sólo parte, como se suele destacar con más frecuencia, en el art. 10.1 de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, lo que indudablemente presupone libertad y responsabilidad como reverso y por eso ese precepto conecta la dignidad con el libre desarrollo de la personalidad (ya que el ser humano posee dignidad inviolable y tiene valor único en sí mismo precisamente porque, a diferencia de otros objetos y seres, tiene razón, conciencia y libertad de voluntad), y se inspira también (art. 1.1 CE) en el Estado de Derecho, la justicia y la igualdad, en los que muchos quieren basar el principio de culpabilidad, sino que **está presidida e impregnada en sus pilares esenciales precisamente por “la libertad”**: ya nada menos que *el art. 1.1 CE consagra “la libertad” como primer valor superior del ordenamiento jurídico*, junto con la justicia y la igualdad (y el pluralismo político) pero antes que ellas, el art. 9.2 reconoce *“la libertad e igualdad del individuo”* y exige

<sup>104</sup> Así CEREZO, Curso III, 2001, 41, que como ya vimos (*supra* n. 65, 69 y 70) insiste en que el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos y su visión del mundo y de sí mismos y por eso ha partido siempre de la concepción del hombre como persona y ser responsable, afirma: “Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Ello resultaría tanto más desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro...”. Ello es cierto, pero hay más que acabo de indicar: si las normas partieran de que el hombre no era libre y no podía actuar de otro modo al delinquir, los ciudadanos no considerarían justo, no comprenderían y rechazarían que se le declarara responsable y se le impusiera una pena, por lo que no funcionaría correctamente esta parte de la organización social y jurídica.

<sup>105</sup> Cfr. *supra* n. 68.

crear las condiciones para que sean reales, el art. 10.1 reconoce la dignidad de la persona y el “*libre desarrollo de la personalidad*” como fundamentos del orden político y la paz social, el Cap. II, Secc. 1.<sup>a</sup> del Tít. I se dedica a los derechos fundamentales y “*libertades públicas*”, entre las cuales se protege en el art. 17 obviamente la “*libertad*” genérica, no sólo la libertad ambulatoria, sino toda la libertad de decisión y actuación, al igual que en los arts. 16 y 20 otras facetas básicas de la libertad personal como son la libertad de conciencia y la libertad de expresión e información, etc. Por su parte los Códigos Penales, entre ellos claro está el español, recogen títulos de delitos contra la libertad en general y contra otras facetas específicas de las libertades. Y la libertad que se reconoce, consagra y protege constitucional y jurídicamente comprende todos los aspectos o facetas de la misma, no sólo la libertad externa o ausencia de coacción o presión exterior sobre el hombre, en sus relaciones con otros y con el poder público, sino ya la propia libertad interna del ser humano, su libertad para decidir y actuar como quiera. Pero es más, es evidente que el CP español acoge la concepción de que el sujeto que delinque podría si quisiera haber actuado conforme a Derecho, cuando en las causas de inimputabilidad del art. 20, 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>, anomalía psíquica o trastorno mental transitorio e intoxicación plena por alcohol o drogas, el requisito de la exclusión de culpabilidad por esas causas es que el sujeto “*no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*” o que la intoxicación “*le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”, lo que *sensu contrario* implica que fuera de esas circunstancias sí puede actuar de otro modo.

#### e) *La libertad como aserción normativa o axioma normativo*

La libertad o poder actuar de otro modo de los hombres es por tanto, como vimos que la define ROXIN, no sólo una suposición, disposición o premisa normativa, sino **una “*aserción normativa*”**<sup>106</sup>, es decir, según el significado de aserción, una “*proposición en que se afirma o da por cierto algo*” por parte de las normas jurídicas empezando por las constitucionales. Y se afirma o da como cierta precisamente por la evidencia del dato sociológico y antropológico de la convicción y autoconciencia de los humanos como seres libres y responsables en condiciones normales y de que sólo eso les permite considerar justa la exigencia de responsabilidad y castigo a los infractores como delincuentes, y por la coincidencia universal por esas razones tanto de la organización y normas sociales como de las más elaboradas normas jurídicas en afirmar la libertad y responsabilidad de las personas salvo que se demuestre lo contrario en casos excepcionales. Si esa aserción normativa se basa en datos evidentes, entonces la afirmación como regla de la libertad de decisión es para el Derecho realmente un **axioma normativo**<sup>107</sup>, ya que es una “*proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración*”. Y en efecto, el Código español como

<sup>106</sup> La expresión alemana de ROXIN es “*normative Setzung*”, que también se puede traducir como proposición o posición normativa (en PG I, 1997, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO la traduce certeramente como “*aserción normativa*”); cfr. ROXIN, SchwZStr 104 1987, 369 = CPC 1986, 685 (SILVA la traduce como “*determinación normativa*”); AT I, 4.<sup>a</sup>, 2006, § 19/37, 39, 40 = PG I, 1997, § 19/35, 37, 38. V. con más detalles *supra* n. 72.

<sup>107</sup> De modo similar, CUELLO CONTRERAS, PG I, 3.<sup>a</sup>, 2002, XI/45, 47 s., 942 s. habla del “*dogma de la culpabilidad*”, que basa en la libertad, aunque sea indemostrable en el caso concreto.

generalmente los Códigos penales no exigen para la responsabilidad por delito que se compruebe o demuestre positivamente en cada caso la libertad de voluntad del sujeto en el hecho concreto, máxime cuando el concepto legal de delito (art. 10 CP) no requiere expresamente la culpabilidad<sup>108</sup>, sino que se parte de la premisa de libertad como regla que no hay que probar y sólo se excluye negativamente la responsabilidad en el art. 20, 1.º a 3.º y 6º CP (como en el § 20 StGB), por ausencia de culpabilidad, en circunstancias excepcionales o eximentes que permiten comprobar la exclusión o gravísima perturbación de la libertad del sujeto en el caso concreto, como algunos casos de perturbación psíquica o en el miedo insuperable (ello aparte de las causas de exculpación con el fundamento más laxo de la inexigibilidad individual)<sup>109</sup>, o se atenúa la culpabilidad en casos de disminución comprobable de la libertad de actuación. Siendo así, desde una perspectiva probatoria, sobre todo procesal, también podría decirse que la libertad de la persona en condiciones normales es una *presunción iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, mientras cuando se tiene en cuenta a todos los sujetos posibles, incluyendo a los que puedan estar en condiciones anormales personales o situacionales, sería una *presunción iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

#### **f) Base de la culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales**

Basada así en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad de actuación y sus facetas y del libre desarrollo de la personalidad, la reprochabilidad individual se fundamenta también por supuesto en los principios constitucionales de **justicia**, **igualdad** (art. 1.1 CE) y **dignidad de la persona** (art. 10.1 CE), y con ello la culpabilidad como reprochabilidad individual descansa en el conjunto de valores y principios que suponen los cimientos del sistema constitucional.

Se basa en la justicia porque imponer una sanción tan grave como la pena criminal sólo es justo si el agente tenía libertad para no haber cometido el hecho típico, pero sería injusto si no era libre, y así lo percibe además la conciencia social; en el principio de igualdad porque no pueden ser tratados igual quienes están en situación tan esencialmente distinta al cometer el hecho como los que tenían libertad para actuar de otro modo y los que carecían de ella, de modo que ni sería adecuado igualar los culpables a los inculpables no imponiéndoles penas ni por supuesto a la inversa, imponer penas a los inculpables como si fueran culpables; no se olvide que si se considerara no libres a todos los humanos aunque sean normales y maduros, lo

<sup>108</sup> Y más aún cuando el art. 5 CP sólo proclama el principio de responsabilidad subjetiva, pero no el principio de culpabilidad, el “no hay pena sin culpabilidad”. Pero incluso aunque se formulara expresamente, tal principio podría interpretarse perfectamente en el sentido negativo de que no puede haber pena cuando en concreto no haya libertad porque ello excluye la culpabilidad, pero no en el sentido de que la culpabilidad necesaria para la pena exigiría la comprobación positiva de la libertad en cada caso concreto.

<sup>109</sup> Todo ello lo destaca inteligentemente HASSEMER, InDret 2011-1, 26 s., citando el § 20 (y el 21, atenuación de la culpabilidad); tb. CEREZO, Curso III, 2001, 42, aunque sin citar en esto expresamente el CP, señala que no hay que demostrar plenamente la capacidad general de obrar de otro modo en el caso concreto, sino excluir la culpabilidad cuando se demuestre la imposibilidad de actuar de otro modo; similar GARCÍA ARÁN, ADPCP 1988, 98 ss.: en Derecho español el concepto de culpabilidad es negativo y formal.

coherente sería no declararlos responsables e imponerles sólo medidas de seguridad cuando haya necesidad preventivo-especial, pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables (v. *supra* II 4 c 1) *in fine*). Y se basa en la dignidad de la persona, primero porque la persona es digna precisamente en cuanto ser libre, además de con conciencia, racional y único, y segundo porque, como tantas veces se destaca<sup>110</sup>, sólo se respeta la dignidad de la persona si según la idea kantiana se la trata como un fin en sí mismo y se la reconoce como tal persona y no se la instrumentaliza como un mero objeto útil al servicio de otros fines, en nuestro caso si se le exige responsabilidad penal precisamente en atención a que es una persona libre y por ello responsable del ilícito cometido, aunque ello sirva también para la necesaria prevención general, mientras que se la instrumentaría como mero objeto, no como ser digno en y por sí mismo, si se declarara culpable y se impusiera pena a alguien que no podía actuar de otro modo o que no lo sabemos, pero, como argumentan las concepciones puramente preventivas, que es normal y por ello interesara declararle responsable por ser útil o conveniente para la prevención general de delitos de los demás sujetos normales.

### **g) La exclusión o restricción de la libertad en condiciones o situaciones anormales**

La libertad de la voluntad puede estar excluida en ciertos casos de inimputabilidad que anulen o casi anulen la capacidad volitiva de controlar e inhibir los impulsos, como reconoce el art. 20,1.º y 2º CP para las anomalías psíquicas, trastorno mental transitorio e intoxicación etílica o de drogas o síndrome de abstinencia cuando el sujeto, pese a poder comprender la ilicitud del hecho, por la indicada situación “no pueda actuar conforme a esa comprensión”, podría darse en algún caso de menor edad del art. 19, y desde luego sucederá en los supuestos de miedo totalmente insuperable del art. 20, 6.º. Hay otros casos en que la libertad de decisión, sin estar anulada, está ciertamente coartada y ya por ello el hecho no habrá plena culpabilidad; pero en unos supuestos pese a todo se disculpa porque la enorme dificultad de la situación sumada a la disminución de la libertad hace que se aprecie inexigibilidad penal individual, mientras que en otros supuestos no se da esta circunstancia y la disminución de la libertad operará sólo como eximente incompleta o atenuante.

### **3. Accesibilidad y determinabilidad normal por la norma, su presupuesto cognitivo: la posibilidad subjetiva (incluyendo imputabilidad) de conocimiento de la antijuridicidad y de los presupuestos de la prohibición**

En estos dos últimos apartados 3) y 4) me limitaré a esbozar los restantes presupuestos que según mi concepción requiere la culpabilidad entendida como reprochabilidad

---

<sup>110</sup> Cfr. p. ej. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 19/35, PGI, 1997, § 19/33, criticando la fundamentación preventivo-general de JAKOBS invocando la máxima de KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, § 49 E: “El ser humano no puede nunca ser utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”.

penal subjetiva: la accesibilidad normativa y determinabilidad normal por la norma y la exigibilidad penal individual<sup>111</sup>.

La reprochabilidad penal individual requiere, además de libertad de decisión y actuación, más concretamente posibilidad de determinarse o motivarse normalmente el sujeto por las normas penales y ello a su vez presupone, como ha destacado especialmente ROXIN basándose en la fórmula de NOLL, accesibilidad (o apelabilidad o abordabilidad) normativa, es decir, que la correspondiente norma jurídicopenal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento antes de que tome la decisión, o, viéndolo desde el agente, que éste pueda acceder a la norma penal. Ello tiene a su vez un presupuesto cognitivo doble: En primer lugar, que es lo que se suele destacar al llegar a este punto, el conocimiento de las normas prohibitivas, la conciencia de la antijuridicidad (y además de la prohibición penal) para la plena reprochabilidad y culpabilidad, o al menos la posibilidad de esa conciencia para un mínimo de reprochabilidad y culpabilidad aunque atenuada, lo que negativamente significa que el error de prohibición. Y ello presupone antes la capacidad cognoscitiva y comprensiva de la imputabilidad, es decir, antes ya del error de prohibición, que no haya una situación de inimputabilidad, de las de anomalías o trastornos psíquicos o de menor edad, que sea tal que, como dicen los n.ºs 1.º o 2.º del art. 20 CP, impidan “comprender la ilicitud del hecho”. Pero en segundo lugar, la culpabilidad también requiere –lo que es más frecuente pasar por alto en este contexto– la posibilidad subjetiva o individual de conocer los presupuestos de la prohibición o antijuridicidad, es decir los elementos del tipo y la ausencia de los elementos de las causas de justificación, ya que ello es necesario para que como consecuencia exista la posibilidad subjetiva de conocer la prohibición en el caso concreto; pues si el conocimiento de esos presupuestos le fuera por sus circunstancias personalmente imposible al agente, bien por una situación de inimputabilidad que le impidiera conocer los elementos del hecho<sup>112</sup>, bien por imprevisibilidad subjetiva del hecho (aunque se debiera sólo a imputabilidad disminuida) o por un error subjetivamente invencible sobre los elementos del tipo o los de una causa de justificación, el sujeto en su hecho no sería cognitiva, intelectualmente accesible a la prohibición de la norma penal y no se podría determinar por la misma y por tanto no sería culpable.

---

<sup>111</sup> Sobre todo ello remito a la exposición mucho más amplia de mis Lecciones de DP, PG, 3.ª, 2016, Caps. 26-28.

<sup>112</sup> En las causas de inimputabilidad del art. 20, la del n.º 3.º, alteraciones congénitas o infantiles en la percepción, sí habla de que se “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”, lo que implica la imposibilidad de un correcto conocimiento tanto fáctico como valorativo de la realidad. En cambio, los n.ºs 1.º y 2.º dicen que el sujeto no pueda “comprender la ilicitud del hecho”, pero ello presupone que pueda subjetivamente conocer y entender el hecho mismo, capacidad que puede estar excluida en algunos casos de enfermedad mental o trastorno mental transitorio.

#### 4. Exigibilidad penal individual desde valoraciones normativas

Un último requisito de la reprochabilidad individual es la exigibilidad penal e individual de la conducta ordenada, es decir de abstenerse de la conducta prohibida, que negativamente presupone la *ausencia de causas de inexigibilidad penal individual*, de *causas de exculpación o disculpa*. Es equivocado decir, como tantas veces se afirma, ya desde los creadores de la idea de inexigibilidad, que en circunstancias o situaciones difíciles o extremas el Derecho no puede exigir a nadie otra conducta, la lícita en vez de la realización del hecho típico; si eso fuera así, la inexigibilidad sería una causa de exclusión de la antijuridicidad si el Derecho no exigiera con carácter general abstenerse de esa conducta a nadie, o al menos una causa de exclusión de la tipicidad penal o del ilícito (injusto) penal si jurídicamente sí se exigiera a todos la conducta lícita aunque sea difícil pero, dada la poca entidad del ilícito, el Derecho renunciara a exigir penalmente, bajo amenaza de pena a nadie abstenerse de la conducta, y en ambos casos ello beneficiaría a todos, no sólo a los autores, sino también a los partícipes. En el campo de la culpabilidad ha de tratarse de inexigibilidad individual, frente sólo al sujeto en quien concurra una situación personal especial, pero no frente a los demás partícipes, a quienes se les sigue exigiendo penalmente abstenerse incluso de cooperar o inducir; y además inexigibilidad no jurídica general, no desde todos los campos del derecho, sino sólo inexigibilidad penal, es decir, que ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto el Derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y por ello de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general. Hay determinadas circunstancias situacionales del sujeto en el hecho concreto que le hacen, no imposible, pero sí muy difícil el cumplimiento de la norma, la motivación conforme a la misma, y entonces la infracción, aunque objetivamente esté prohibida y sea reprobable, es subjetivamente comprensible, explicable, disculpable desde las valoraciones normativas penales y por eso se considera subjetivamente inexigible bajo amenaza de pena y de consideración criminal la observancia de la norma en ese caso. De estas circunstancias de inexigibilidad penal subjetiva o individual<sup>113</sup> denominadas

---

<sup>113</sup> Cfr. ampliamente mi exposición de todas estas cuestiones en LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 2.<sup>a</sup>/3.<sup>a</sup> 2012/2016, 25/30 ss., 28/20 ss., 20/50 ss., 21/149 ss.; Inexigibilidad y exigibilidad, EJB, Civitas, 1995, 3552 ss.; Inexigibilidad y exigibilidad, en Luzón (dir.), EPB, 2002, 1995, 831 ss.; Exculpación por inexigibilidad penal individual, Libertas 2 2014, 232 ss. = LH-Schünemann, I, 2014, 343 ss.; Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit, FS-Schünemann 2014, 445 ss.; El miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación por inexigibilidad penal individual frente a las emociones estéticas o violentas, LH-Morillas, I, 2018, 369 ss.; Miedo insuperable: requisitos básicos, LH-Jorge Barreiro, 2019; La insuperabilidad del miedo como requisito adicional, LH-Quintero, 2018, 363 ss.; Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht, FS-Im. Roxin, 2012, 757 ss.; Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat, FS-Wolter, 2013, 431 ss.; Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción, InDret 2013-1, 1 ss.; tb. en: LH-de Castro Cid, 2013, 1649 ss.; LH-Agudelo, 2013, 597 ss.; DPMín 14,2014, 1 ss.; RDUCA 17 2014, 131 ss.; RDPyC

causas de exculpación o de disculpa, unas están previstas legalmente como eximentes (o como atenuantes en caso de concurrencia más débil o incompleta), y otras se pueden apreciar como eximentes por analogía o causas supralegales de inexigibilidad individual. Pero en cualquier caso, el que esa inexigibilidad individual se decida desde consideraciones valorativas y teleológicas de las normas penales explica que la decisión y admisión o no de esta exculpación pueda ser distinta en supuestos en que la presión o dificultad motivacional pueda ser de similar intensidad, admitiendo la disculpa en casos de circunstancias que no merecen una valoración o censura muy negativa como p. ej. el miedo u otros estados pasionales asténicos o débiles o el ilícito por un conflicto extremo de conciencia, y rechazándola en cambio ante circunstancias paralelas pero valoradas como preocupantes o muy negativas, p. ej. los estados pasionales esténicos o violentos o la delincuencia por convicción.

---

2015-4, 3 ss.; Libertas 4 2016, 95 ss.; LH-Roxin Lima (dir. Luzón Peña), 2018, 48 ss. ROSO CAÑADILLAS, Miedo insuperable, en Luzón Peña (dir.), EPB, 2002, 952 s., comparte en general y para el miedo insuperable mi concepción de la “inexigibilidad penal individual” como fundamento de las causas de exculpación frente a la inexigibilidad jurídica general (causas de justificación) y la inexigibilidad penal general (causas de exclusión de la tipicidad penal), ya anticipada por mí en Curso PG I, 1.<sup>a</sup>, 1996, 568 ss., 648 ss.

## TRABALHO A TEMPO PARCIAL. ALGUMAS NOTAS

João Zenha Martins

zenha.martins@gmail.com

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Recibido: 10/06/2019 – Aceptado: 23/09/2019

### Sumário

O texto trata do contrato de trabalho a tempo parcial e da sua associação a um pacto de exclusividade, fazendo-se também uma análise do reconfiguração do trabalho a tempo parcial no ordenamento laboral português. Havendo aspetos de regime que no plano laboral não estão imunes a uma leitura crítica, é, contudo, no enquadramento previdencial dos trabalhadores a tempo parcial que o Direito português se mostra dificilmente compatível com o sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

#### ■ Palavras-chave:

Contratos atípicos; Trabalho a tempo parcial; Pacto de exclusividade; Trabalho intermitente; Tempo de trabalho; Discriminação indireta; Direito da União Europeia; Tribunal de Justiça; Subsídio de desemprego; Reforma

### Abstract

#### ■ Keywords:

Atypical contracts; Part-time work; Exclusivity pact; Intermittent employment contracts; Working time; Indirect discrimination; European Union Law; Court of Justice; Unemployment benefit; Pension

The text concerns the part-time employment contract and its relation to an exclusivity pact. The reorganisation of the part-time work in the Portuguese labour law is also analysed. Despite the fact that there are aspects which, at work level, are not exempt of a critical reading, it is on part-time welfare framework of workers where the Portuguese Law is poorly compliant with the jurisprudence sense of the Court of Justice.

**I.** A fragmentação da tipologia contratual clássica, estruturalmente apegada à ideia do trabalho padronizado em grandes unidades fabris que esteou o aparecimento do Direito do Trabalho, encontra na individualização dos tempos de trabalho um campo de evidência marcante, destacando-se a figura do contrato de trabalho a tempo parcial,

lá onde, em cruzamento das subnoções de tempo parcial horizontal e vertical, surgem os subconceitos de tempo parcial substancial (21-35 horas), de curta duração (até 20 horas) ou marginal (inferior a 15 horas).

Ao contrário que se encontrava estabelecido pela Lei n.º 103/99, de 26.07 e pelo CT2003 que definia o trabalho a tempo parcial como aquele que correspondia a 75% do praticado a tempo completo numa situação comparável<sup>1</sup>, considera-se trabalho a tempo parcial aquele que corresponde a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável<sup>2</sup>, registando-se que, com o CT2009, houve uma alteração no regime do contrato de trabalho a tempo parcial suscetível de reduzir a utilidade da figura do trabalho intermitente<sup>3</sup>, por via da admissibilidade do trabalho a tempo parcial anualizado subjacente ao n.º 3 do artigo 150.º do CT<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre o ponto, PAULA PONCES CAMANHO, “Contrato de trabalho a tempo parcial”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Vol. 4*, Almedina, Coimbra, 2003, 207-212 (205-223).

<sup>2</sup> Sem prejuízo, o n.º 6 do artigo 150.º do CT2009 dispõe que o IRCT pode estabelecer um limite máximo de percentagem do tempo completo que determina a qualificação do tempo parcial, albergando disposição que, para CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra Editora, 2011, 365-371, é desconforme com a cláusula 3.ª da Diretiva 97/81/CE 365-371. Quanto ao enquadramento do trabalho a tempo parcial, cfr. ainda ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Contrato de Trabalho a Tempo Parcial (Tópicos de Reflexão)”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, 221.

<sup>3</sup> Cfr. artigo 157.º e ss., avultando (i) a exigência de forma escrita, com menções específicas, designadamente da duração (em horas ou dias) dos períodos de trabalho (158.º), (ii) a imposição de um período de atividade mínimo de 6 meses a tempo completo, com 4 meses consecutivos (n.º 2 do artigo 159.º) e (iii) a compensação retributiva dos períodos de inatividade com mínimo de 20% da retribuição base e sem possibilidade de desconto dos rendimentos auferidos na execução de outras atividades remuneradas (artigo 160.º). Ver, nomeadamente, JOÃO LEAL AMADO & JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, *XI-XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 124 e ss., JOANA CARNEIRO, “O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *Questões Laborais* 2010, ns. 35-36, 203-242 e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier - Vol. I*, UCP, Lisboa, 2015, 327-376.

<sup>4</sup> Todavia, nas hipóteses de trabalho a tempo parcial anualizado, deve entender-se que a al./b do n.º 1 do artigo 153.º exige que se mencione o período normal de trabalho semanal aplicável durante o período de trabalho anualmente definido. Ainda: CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 371-2 e, na jurisprudência, Ac. RI. de 20.11.2017 (NELSON FERNANDES), proc. n.º 5730/16.2T8PRT.P1, lendo-se que «o artigo 153.º do CT/2009 identifica os vários requisitos necessários para que o contrato de trabalho possa ser exercido a tempo parcial, entre os quais, de acordo com a alínea b) do seu n.º 1, a indicação do período normal de trabalho diário e semanal, com referência comparativa a trabalho a tempo completo, requisito este que tem por objetivo obstar a abusos inaceitáveis por parte da entidade empregadora, colocando no seu livre arbítrio a atribuição, ou não, de um número mínimo

O trabalho a tempo parcial, que para a Comissão Europeia justifica o tratamento como trabalho atípico –a par dos contratos a termo, contratos pontuais, contratos «zero horas», contratos propostos a trabalhadores recrutados através de empresas de trabalho temporário ou dos contratos de trabalho *freelance*<sup>5</sup>–, é amiúde qualificado como um contrato especial. Sem se cuidar, no que respeita à sua *especialidade*, da classificação estabelecível quanto aos contratos de trabalho a tempo parcial ou mesmo quanto aos contratos de trabalho intermitente –dado que o “reconhecimento da especialidade de uma relação laboral pode, no caso concreto, suscitar problemas”<sup>6</sup>, e a expressão contratos especiais pode ser fonte de confusões, pois todos os contratos são especiais, não existindo um contrato geral *proprio sensu*<sup>7</sup>–, o trabalho a tempo parcial não escapa, ainda hoje, à estigmatização associável a um trabalho marcado por uma “posição social marginal”<sup>8</sup>.

É, pois, sob essa perspetiva que fez curso a visão de que o trabalho a tempo parcial não convive com um pacto de exclusividade: a escassez de tempo subjacente a um contrato de trabalho a tempo parcial torna os pactos insuscetíveis de revelarem um interesse sério e legítimo<sup>9</sup>, sendo, *ab initio*, nulos<sup>10</sup>. Sinteticamente: se o empregador se quiser prevalecer de uma cláusula de exclusividade tem de oferecer ao trabalhador a possibilidade de um trabalho a tempo completo, sendo, aliás, por esta via que o

---

de horas de trabalho diário ou semanal, como ainda, do mesmo modo, de não atribuição de qualquer trabalho por largos períodos de tempo ou a atribuição de meras “migalhas” retributivas».

<sup>5</sup> Livro Verde da Comissão Europeia, de 22.11.06, 8 e ss.

<sup>6</sup> Assim: JÚLIO VIEIRA GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos –primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso–Volume II*, UCP, Lisboa, 2009, 252.

<sup>7</sup> PHILIPPE MALAURIE & LAURENT AYNÈS, *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux*, LGDJ, Paris, 2000, 21. Ainda: PHILIPPE RÉMY, «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», BFDVC, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 162-7 (151–168) e MARCO BIAGI & MICHELE TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.<sup>a</sup> ed.), Giuffrè, Milão, 2007, 166-7, acentuando que o recurso ao conceito de especialidade dos contratos de trabalho como via explicativa para a diversificação tipológica do contrato de trabalho parece desconhecer a mesmidade de causa típica entre todos. Em rigor, o trabalho a tempo parcial será, pois, uma forma especial de execução da relação laboral, que se caracteriza tão somente pela redução do período normal de trabalho.

<sup>8</sup> Já o notava, há mais de uma década, JÖRG FLECKER, “La flessibilità: una via obbligata? Riorganizzazione dell’impresa e forme di occupazione flessibili”, *Dentro e oltre i postfordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica* (dir. Rosângela Lodigiani & Monica Martinelli), Vite e Pensiero, Milão, 2002, 254 (235-261).

<sup>9</sup> JEAN MOULY, *Droit du Travail* (4.<sup>a</sup> ed.), Bréal, Paris, 2008, 84.

<sup>10</sup> FABIENNE RIZOS-VIGNAL, *Le droit du travail au quotidien*, Editions du Moniteur des pharmacies, Paris, 2009, 58 e PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Les clauses du contrat du travail* (2.<sup>a</sup> ed.) Liaisons, Paris, 2010, 31. Este enquadramento ganhou fôlego com a Cass. Soc. 11.07.2000, n.º 98-40.143, D. 2000, 228: “la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle”.

ordenamento transalpino atribui um direito de preferência a um trabalhador a tempo parcial no preenchimento de um posto de trabalho associado ao exercício de funções equivalentes a tempo completo; destacando-se, neste domínio, a forma generosa como a jurisprudência italiana vem recortando o objeto da preferência, ao construí-lo a partir da similitude de atividade ou da afinidade de funções<sup>11</sup>.

Nesse âmbito, a regulação sobre o trabalho a tempo parcial contida no CT fica muito aquém da que nos oferece o ordenamento transalpino: a al./b do n.º 1 artigo 156.º do CT, ao prever que *sempre que possível o empregador deve tomar em consideração o pedido de mudança do trabalhador a tempo parcial para trabalho disponível a tempo completo ou de aumento do seu tempo de trabalho*, substancia uma norma estruturalmente imperfeita<sup>12</sup>, não deixando de causar estranheza que a contraordenação leve que vai prevista no n.º 3 do artigo 156.º não inclua a inobservância dos deveres a cargo do empregador que o n.º 1 estabelece.

No mais, para lá das críticas que, no contexto regulativo do trabalho a tempo parcial, podem ser dirigidas à desnecessidade de o horário de trabalho constar das formalidades exigidas pelo artigo 153.º do CT –situação que, em conjugação com a elasticidade dos limites previstos para a prestação de trabalho suplementar no artigo 228.º do CT, pode esvaír as razões que concorreram para a adoção desse *tipo* contratual–, também o prazo previsto para o direito de arrependimento no n.º 2 do artigo 155.º do CT deveria começar a correr a partir da data de produção de efeitos do acordo e não a partir da sua celebração (exemplo: acordo de trabalho a tempo parcial com termo suspensivo)<sup>13</sup>.

Seja como for, a lógica de que o empregador tem de oferecer ao trabalhador a possibilidade de um trabalho a tempo completo para que o sistema reconheça atendibilidade a um pacto de exclusividade, ao aparecer sobretudo escorada no aumento proporcional da retribuição auferível por um trabalhador a tempo completo, encontra o perigo argumentativo de coonestar a possibilidade de uma alteração unilateral ao contrato de trabalho, apenas porque a remuneração do trabalhador, que constitui a contrapartida do trabalho, é ampliada e, nessa leitura, o trabalhador vê satisfeito o anseio presumidamente genérico de poder trabalhar a tempo completo. Eis o que sucedeu, após reenvio prejudicial promovido pelo *Tribunale ordinario di Trento*, com o juízo contido no Acórdão TJ 15/10/2014, n. C-221/13 (*Teresa Mascellani contra Ministero della Giustizia*)<sup>14</sup>, que, incidindo sobre o art. 16 da Lei n.º 183/2010, não considerou violada a cláusula 5 da Diretiva 97/81/CE do Conselho,

<sup>11</sup> Ver MARIAGIULIA CONSENTINO, “Il lavoro a tempo parziale”, *Manuale del diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale* (a cura di Glauco Zaccardi), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015, 297-9 (277-318).

<sup>12</sup> Ceddo o assinalou JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., 696, admitindo, contudo, que a recusa do empregador tem de ser motivada, embora a ausência de motivação não pareça conferir quaisquer direitos ao trabalhador requerente.

<sup>13</sup> Acresce a inadequação do recorte legal estabelecido quanto ao subsídio de refeição na al./b do n.º 3 do artigo 154.º, nos termos oportunamente avançados ainda por JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., 693-4, ora reforçados com a qualificação do subsídio de refeição como ajuda de custo (n.º 2 do artigo 260.º).

<sup>14</sup> ECLI:EU:C:2014:2286.

de 15.12.1997, em circunstâncias em que o *Ministero della Giustizia* pôs unilateralmente fim a um regime de trabalho a meio tempo, repartido em três dias da semana, impondo um regime de trabalho a tempo inteiro com a repartição do trabalho em 6 dias a partir de 01.04.2011 a uma funcionária<sup>15</sup>.

Validando-se uma regulamentação nacional em virtude da qual o empregador pode ordenar a conversão de um contrato de trabalho a tempo parcial num contrato de trabalho a tempo inteiro sem o acordo do trabalhador em causa, o argumentário utilizado gira em torno da falta de comparabilidade da situação em que o contrato de trabalho a tempo parcial é convertido num contrato de trabalho a tempo inteiro sem o acordo do trabalhador em causa com a situação em que um trabalhador vê o seu contrato de trabalho a tempo inteiro ser convertido num contrato de trabalho a tempo parcial contra a sua vontade, pois a redução do tempo de trabalho não conduz às mesmas consequências que o seu aumento, especialmente, no plano da remuneração do trabalhador, que constitui a contrapartida do seu trabalho.

Este enquadramento oferece perigos, ao legitimar que o empregador, de forma unilateral, possa conformar *ex post* um elemento essencial do contrato, elemento cuja importância radica, em primeira linha, na “satisfação das necessidades pessoais e familiares do trabalhador”, podendo mesmo entender-se que, em rigor, desfigura a fisiologia da vontade associada ao tipo contratual em questão. Além de não serem considerados, com a relevância devida, os interesses do trabalhador que concorrem para a celebração de um contrato de trabalho a tempo parcial e de se fazer também tabua rasa do *favor legis* que a Diretiva sinaliza como coordenada essencial do trabalho a tempo parcial, cumpre não perder de vista que a solução a que o TJ aporta é de compatibilidade difícil com o artigo 10.º da Convenção n.º 175, sobre trabalho a tempo parcial, da Organização Internacional do Trabalho, adoptada em Genebra em 24.06.1994<sup>16</sup>, ao estabelecer que “(n)os casos adequados, devem tomar-se medidas, de acordo com a legislação e a prática nacionais, a fim de que a passagem de um trabalho a tempo completo para um trabalho a tempo parcial, ou o inverso, seja voluntária”.

---

<sup>15</sup> Em todo o caso, o contrato que envolvia *ab initio* a trabalhadora era a tempo completo, contexto em que a passagem a contrato de trabalho a tempo parcial havia sido estabelecida por acordo. Esta reconstituição do contrato original, ainda que unilateralmente determinada, é utilizada por EZIO MARIA BARBIERI, “Sulla trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in uno a tempo pieno senza il consenso del lavoratore”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2014, n.º 5, Milano, 1095 (1089-1096) para justificar a “*decisione datoriale di revoca autoritativa del part-time concesso e la conseguente restituzione del dipendente al tempo pieno*”, uma vez que, em circunstâncias restritas, esse direito potestativo também se encontra estabelecido em favor do trabalhador. Para lá da “volatilidade do trabalho a tempo parcial” e da ausência de arbitrariedade na decisão do empregador, a alteração, para o Autor, encontra fundamento no equilíbrio complexo da relação laboral e na necessidade de adaptação às circunstâncias organizativas que pontua outras figuras juslaborais, estando aí, no seu entendimento, a justificação primacial para o alcance da decisão, pois conclui afirmando que, por regra, “*il dipendente non può di sua esclusiva iniziativa tornare dal part-time al tempo pieno*”.

<sup>16</sup> Instrumento normativo que, não raras vezes, é desatendido no contexto dos problemas que o trabalho a tempo parcial convoca.

Mas, refluindo ao n.º 2 da cláusula 5 da Directiva, nos termos da qual “a recusa de um trabalhador ser transferido de um regime de trabalho a tempo inteiro para um regime de trabalho a tempo parcial ou vice-versa não deve, por si só, constituir razão válida para despedimento, sem prejuízo da possibilidade de proceder a despedimentos por outras razões, como as que podem resultar de contingências de funcionamento do estabelecimento em causa”, a decisão do TJ surge envolta por uma espessa camada formal, já que, em muitas situações, tenderá a promover o despedimento indireto, pois que, diante da modificação estrutural das circunstâncias subjacentes à vinculação dos sujeitos, o trabalhador denunciará o contrato de trabalho, produzindo-se, assim, o resultado interdito pelo n.º 2 da cláusula 5 da Directiva; a saber: a perda do posto de trabalho.

Ora, se os pactos de exclusividade têm de se basear, em razão dos direitos fundamentais diretamente envolvidos, num interesse sério e genuíno do empregador —e este interesse é recortável a partir de fatores cuja natureza é poliédrica, destacando-se a salvaguarda do desgaste físico do trabalhador em profissões implicativas de níveis de concentração, rigor técnico e dedicação elevados<sup>17</sup> ou, como fez notar o BAG, sempre que o bom cumprimento do contrato de trabalho possa ser posto em crise<sup>18</sup>—, as análises sinalizadas à incompatibilidade entre o tempo parcial e a exclusividade, que conheceram voga em França e que encontraram conforto no art. L. 120-2 do *Code du Travail*<sup>19</sup>, parecem-nos, todavia, precipitadas<sup>20</sup>.

Qual seja a preocupação com a garantia da existência de meios laborais de sustento ao alcance do trabalhador —e estando em causa uma limitação à liberdade de trabalho não se poderá perder de vista que o direito ao trabalho é, antes de tudo, o *direito à ocupação de um posto de trabalho para a satisfação de necessidades pessoais e familiares*<sup>21</sup>—, não se entrevê razão para acompanhar estas construções acerca da

---

<sup>17</sup> Assim BERND RÜTHERS/HANS BROX/MARTIN HENSSLER, *Arbeitsrecht* (17.ª ed.), GmbH, Estugarda, 2007, § 72, 23.

<sup>18</sup> BAG 18.01.1996 – 6AZR 314/95, NZA 1997, 41. Ainda: WILHELM MOLL, *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, Munique, 2005, § 31, 761. Sem prejuízo, numa sociedade em que o saber-fazer e as competências são recursos que devem ser aproveitados em escala máxima, as proibições de pluriatividade impedem a difusão de competências, produzem efeitos desincentivacionistas sobre o desenvolvimento económico, criam barreiras artificiais à circulação de conhecimentos e nivelam os rendimentos profissionais com base em fatores extrínsecos ao mérito e às competências dos trabalhadores.

<sup>19</sup> PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié - Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003, 103. O preceito encontra hoje correspondência no art. L1121-1 do *Code du Travail* [(*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*), após a *Ordonnance* n.º 2007-329, de 12.03.2007.

<sup>20</sup> A matéria aparece desenvolvida em JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, 470 e ss.

<sup>21</sup> Assim, numa aceção ampla: MONTOYA MELGAR, “Los derechos fundamentales en materia laboral”, RPS 1979, n.º 121, 333-4. Para JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, 112, significa o “direito de dispor da capacidade para trabalhar, alienando-a, quando se não disponha de outro bem para colocar no mercado”.

potencial inaplicabilidade (ou tão somente acerca da eventual mitigação) do dever de não concorrência a um trabalhador cuja atividade se desenvolve no âmbito de um contrato a tempo parcial, inaplicabilidade que, no plano argumentativo, aparece cruzada com uma sanção implícita ao empregador por não proporcionar ao trabalhador o preenchimento de um posto de trabalho a tempo completo<sup>22</sup>:

(i) por um lado, a imposição de condutas conformes com uma bitola correta e previsível não pode depender da existência de um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo e o dever de não concorrência corresponde a uma *obrigação de abstenção de qualquer comportamento que possa fazer desaparecer a relação de confiança* pressuposta por uma relação laboral, sendo redutor desbatar o sinalagma contratual na relação entre trabalho e retribuição: independentemente das perspetivas que histórica e descoincidentemente envolveram a relação de trabalho<sup>23</sup>, o dever de não concorrência relaciona-se com a confiança que marca a relação entre os sujeitos e com o influxo que o comportamento de cada um exerce na esfera jurídica do outro, entrelaçando-se com o esconjuro de uma compreensão da situação laboral estritamente intercambial;

(ii) por outro lado, afigurando-se necessário promover o trabalho a tempo parcial e não condená-lo à extinção, a proteção dos interesses económicos do empregador demandada pelo dever de não concorrência vale em toda e qualquer relação laboral, impondo-se um dever de adequação funcional do trabalhador à realização do interesse do empregador que garanta que o seu património não é suscetível de aproveitamento por terceiros, o que, de acordo com a projeção operativa do princípio da boa fé, significa que este não poderá quedar inerte perante a eventualidade de uma atividade concorrencial, seja qual for a carga horária que, nos limites da lei, ocupa o trabalhador, não existindo, por conseguinte, base para desobrigar um trabalhador a tempo parcial do conteúdo normativo da al./f do artigo 128.º do CT<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Veja-se, por exemplo, EMANUELE MENEGATTI, *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato* (2012), cit., 122-3, que, no balanço entre a tutela da concorrência e o princípio da suficiência retributiva, ao sustentar a não aplicação, ou pelo menos o forte estiolamento, do art. 2105 do *Codice Civile* no que respeita a um trabalhador a tempo parcial que exerça atividades em paralelo para empresas concorrentes.

<sup>23</sup> Designadamente as teorias contratualistas e da incorporação. Sobre a questão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Da situação jurídica laboral: perspetivas dogmáticas do Direito do Trabalho”, ROA 1982, 109 e ss. e 120 e ss. (89-149).

<sup>24</sup> A al./f do artigo 128.º, sintetizando em termos exemplificativos o dever de não concorrência e o dever de sigilo, obriga o trabalhador a “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”. Sendo estes deveres exemplificativos, importa notar, na sequência de PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (5.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 536-9, que o dever de sigilo tem um perímetro aplicativo mais alargado do que a obrigação de não concorrência, porquanto não se compadece com a divulgação de informações que, embora não sirvam a concorrência de terceiros, prejudicam o empregador, cabendo outro tanto salientar que, com exceção da substituição da locução “fidelidade” por “lealdade”, a redação da alínea é absolutamente

Assim, apesar de não ser essa a função primária do pacto de exclusividade, a obrigação convencionável pode encontrar amparo na necessidade de evitar a causação de prejuízos comerciais ao empregador –é, por isso, grande o *simile* com a análise elucubrada a propósito dos pactos de não concorrência<sup>25</sup>–, circunstância em que uma leitura amolecida do dever de lealdade esvaziaria de significado a convenção firmada e convalidaria os contratos de trabalho a tempo parcial numa figura potencialmente danosa, sem que, para tanto, se encontre qualquer fundamento que, no confronto entre os argumentos mobilizáveis, se revele materialmente sobreponível e também, importa dizê-lo, sem que haja norma expressamente interdita.

**II.** No nosso entendimento, o alcance do dever de não concorrência não depende da ausência de completude do tempo de trabalho, mas pode ser conformado em razão da neutralidade das funções e/ou da elementaridade da atividade que o trabalhador desenvolve<sup>26</sup> (vetores que, podendo estar associados, são, contudo, diversos e valorativamente independentes). E, por isso, também não se vê como se haverá de considerar nulo um pacto de exclusividade em razão de o trabalho subjacente ser desenvolvido no âmbito do regime do contrato a tempo parcial com o argumento de que a escassez horária não se compagina com a impossibilidade de o trabalhador exercer outras atividades, já que essa incompatibilidade pode entroncar, antes do mais, em interesses sérios do trabalhador. Mau grado esta posição ter sido sustentada por Pélissier<sup>27</sup> e ter encontrado reflexo na orientação assumida pela *Cour de Cassation* no início do século<sup>28</sup> –com base no considerando de que se está perante uma limitação desproporcionada e intolerável, pois os interesses do empregador, para ganharem atendibilidade no que à sua proteção diz respeito, implicariam que este preenchesse satisfatoriamente o direito ao trabalho através de celebração de um contrato de trabalho a tempo completo, assegurando uma remuneração compatível<sup>29</sup>, em passagem aclamada como um exemplo de impregnação do Direito do trabalho pelo

---

idêntica à que se encontrava na al./c do artigo 14.º do Anteprojeto Pessoa Jorge. Cfr. “Contrato de Trabalho – Anteprojeto de Diploma Legal”, ESC 1965, n.º 13, 247-268.

<sup>25</sup> Assinalando o aspeto: FRANÇOIS GAUDU & RAYMONDE VATINET, *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001, 179.

<sup>26</sup> Nestes termos, sob o signo da “*fedeltà e nuova fattispecie di lavoro subordinato*” e com resenha jurisprudencial, v. PAOLO CENDON, *Commentario al codice civile. Artt. 2060-2134. Lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 2011, 839-840.

<sup>27</sup> Que, desde cedo, assumiu que “(d)oivent être considérées comme nulles et de nul effet, toutes les clauses interdisant à un salarié à temps partiel d’exercer toute activité salariée complémentaire”. Cfr. JEAN PÉLISSIER, “La liberté du travail”, DS, 1990, n.º 1, 23 (19-26).

<sup>28</sup> Cass. Soc. 11.07.2000, n.º 98-40.143. Em síntese: “(...) *la clause d’un contrat de travail par laquelle un salarié s’engage à travailler pour un employeur à titre exclusif et à temps partiel ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à son activité professionnelle (...)*”.

<sup>29</sup> Invoca-se também o art. 12 da Lei de 19.01.2000, relativa à redução do tempo de trabalho, que permite a recusa por parte de um trabalhador a tempo parcial de uma alteração ao seu horário de trabalho em caso de exercício cumulativo de atividades. Esta disposição é aliás utilizada para sustentar a configuração do pluriemprego como princípio geral.

Direito constitucional<sup>30</sup>–, houve entretanto ensejo para matizar esta direção, afastando-se desde 2004 a inadmissibilidade liminar de uma cláusula de exclusividade associada a um contrato de trabalho a tempo parcial<sup>31</sup>.

Se, por um lado, o juízo de nulidade que pode recair sobre a cláusula de exclusividade pode privar o trabalhador de um complemento retributivo importante e com isso agravar a sua posição económico-social, por outro, ele não garante que o trabalhador, passando a dispor de total liberdade para o exercício de outras atividades profissionais, consiga *de iure* uma (outra) ocupação laboral que lhe assegure *de facto* uma extensão dos meios de sustento.

Verificando-se que, nesta hipótese, o intento de tutela do trabalhador pode revelar-se contraproducente e agravar a sua situação económico-social, a tarefa do intérprete-aplicador quanto à indagação dos interesses que concorrem para a validade do pacto nada tem que ver com a existência de um trabalho a tempo completo ou a tempo parcial, mas sim com a aptidão desse instrumento para a tutela de necessidades empresariais, circunstância a que se associa *ex post* a verificação da proporcionalidade da limitação, juízo que, neste contexto, é um *subsequens* e não um *ante*.

**III.** Neste quadro, será também essa a leitura a fazer sobre o alcance do n.º 3 do artigo 160.º do CT2009<sup>32</sup>, já que, perante a larga margem de sobreposição entre as modalidades de trabalho a tempo parcial e de trabalho intermitente, o preceito, ao prever que “(d)urante o período de inatividade, o trabalhador pode exercer outra actividade”<sup>33</sup>, é suscetível de ser considerado aplicável ao trabalho a tempo parcial<sup>34</sup>, embora da articulação dos ns.º 1 e 3 do CT cobre relevo o argumento de que o trabalho intermitente e o trabalho a tempo parcial têm espaços próprios, sendo de afastar qualquer justaposição regulativa<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Assim: ALEXIS BUGADA, “Droit constitutionnel appliqué. Aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (année 2000)”, RFDT 2001/4, n.º 48, 780-1.

<sup>31</sup> Cass. Soc. 25.02.2004, n.º 01-43.392, BICC 2004/V, n.º 64, 59: “*La clause par laquelle un salarié à temps partiel se voit interdire toute autre activité professionnelle, soit pour son compte, soit pour le compte d’un tiers, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d’une activité professionnelle (...)*”.

<sup>32</sup> Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, cit., 368-9.

<sup>33</sup> Disposição que tanto para JOÃO LEAL AMADO & JOANA NUNES VICENTE, “Contrato de trabalho intermitente”, cit., 128, quanto para CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 374-6, implica a inadmissibilidade de aposição de cláusulas de exclusividade a este contrato. Mais recentemente, veja-se ainda JOANA NUNES VICENTE, “Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente”, *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional* (Estudos APODIT 4), AAFDL, Lisboa, 2018, 269-271.

<sup>34</sup> Nestes termos, v. ainda CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, cit., 376.

<sup>35</sup> Ainda ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Considerações sobre o trabalho intermitente”, cit., 347-8, que acompanhamos.

Com efeito, apesar de se vislumbrar a tendência para embutir a proporcionalidade da limitação à liberdade de trabalho no interesse legítimo que concorre para a validade das cláusulas de exclusividade, o interesse legítimo é uma coisa, e outra bem diferente, que com aquele não se confunde, é o conteúdo da limitação assumida pelo trabalhador, onde a indispensabilidade intervirá, agora sim, no que atina com a medida de proteção dos interesses empresariais e no que à salvaguarda do princípio da liberdade de trabalho diz respeito<sup>36</sup>.

Na verdade, sem embargo de as cláusulas postularem uma apreciação que conecte o seu conteúdo com o contrato de trabalho<sup>37</sup> –pois é o esquema de interesses em que se move a relação laboral que parametriza a limitação estabelecível à realidade pressuposta pela execução efetiva do contrato<sup>38</sup>–, será no conteúdo da vinculação assumida, e não no interesse que a fundeia, que o conceito de *indispensabilidade* se interporá, ao transitar-se o princípio da proporcionalidade no que respeita aos limites internos do pacto.

Estando-se perante uma autolimitação de direitos constitucionalmente garantidos que exorbita da dinâmica vicissitudinária normal de execução do contrato de trabalho –exorbitância que, em fundamento, já conduziu a *Cour de Cassation* a qualificar uma cláusula de exclusividade como uma modificação do contrato de trabalho, cuja recusa por parte do trabalhador é insuscetível de preencher o conceito de despedimento com justa causa (*licenciement motivé par son refus est dépourvu de cause réelle et sérieuse*)<sup>39</sup>–, é quase sempre omitida a indicação de uma referência à prestação que se gera a cargo do empregador com a assunção da obrigação de exclusividade por parte do trabalhador, podendo, no limite, sustentar-se a gratuidade do acordo ou, por caminho similar, entregar-se um eventual acréscimo retributivo à autonomia privada<sup>40</sup>.

Ora, todo este enquadramento é desenvolvido no pressuposto de que uma cláusula de exclusividade, face à necessidade de compensar *ex ante* o trabalhador pela não fruição

---

<sup>36</sup> HARALD SCHLIEMANN & REINER ASCHEID, *Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar*, De Gruyter-Recht, Berlim, 2002, 266.

<sup>37</sup> Ainda: SOPHIE LE GACH-PECH, *Le principe de proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000, 205, referindo que “*la proportionnalité de la clause s’apprécie en fonction de son contenu propre mais également en fonction du contrat dans lequel elle s’insère*”.

<sup>38</sup> AMIEL-DONAT, *Les Clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, Paris, 1998, 31-2.

<sup>39</sup> Cass. Soc. 07.06.2005 (*Sonnerat c/ Sté Scolarest*), n.º 03-42.080, Bull. civ. V, n.º 189.

<sup>40</sup> Assumindo esta posição, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho* (2010) cit., 693, que sustenta que “frequentemente a exclusividade está associada a um acréscimo retributivo (p. ex. subsídio de exclusividade), mas também, neste aspeto, vigora o princípio da autonomia privada”. É também essa a tendência no direito alemão, com a doutrina e a jurisprudência a centrarem-se na indagação dos interesses do empregador que concorrem para validade da cláusula e na proporcionalidade da limitação assumida, sem se curar da necessidade de uma compensação.

plena do seu direito ao trabalho<sup>41</sup>, implica o pagamento de uma compensação, estando, pois, afastada a sua *gratuidade*<sup>42</sup>.

Se a compensação é um fator importante na valoração da atendibilidade da autolimitação assumida pelo trabalhador, ela aparece, em fase ulterior, como um parâmetro importante na delimitação do alcance da obrigação, entrecruzando-se com o montante da retribuição auferida, com o tempo de trabalho previsto e prestado e com a dimensão material da exclusividade, num “casamento entre *compensação adequada* e o não exercício de outras atividades remuneradas” que conhece afloramentos no regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos<sup>43</sup> ou no regime aplicável à carreira docente universitária, o qual, em associação à opção pela

---

<sup>41</sup> LUQUE PARRA, “Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, 164, RUBIO DE MEDINA, *El pacto de permanencia en la empresa*, Bosch, Madrid, 2005, 11 e REY GUANTER, *Estatuto de los trabajadores: Comentado y con jurisprudência*, La Ley, Madrid, 2007, 297, entrevê na contrapartida uma função de compensação ao trabalhador de dano patrimonial derivado de um lucro cessante, função que todavia nos suscita dúvidas, uma vez que não existem propriamente ganhos que se frustraram ou prejuízos advenientes ao trabalhador por não ter aumentado o seu património: o exercício de uma outra atividade, afora casos circunscritos, é sempre uma eventualidade, não sendo possível afirmar-se que, por força da exclusividade, não se concretiza uma vantagem que, na ausência do pacto, se verificaria. A contrapartida atina com a titularidade de um *status* que, a manter-se, era suscetível de dar ao trabalhador o direito a um ganho, face à não compressão da liberdade de trabalho, sendo, pois, uma consequência directa dessa compressão, sem que, *summo rigore*, exista a frustração de um ganho. Esta construção é, *grosso modo*, sustentada no ordenamento transalpino para firmar a onerosidade de um *pactum de non recedendo* –assim: ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004, 96–, mas a sua razão de ser é extensiva a qualquer convenção que, nas margens do sistema, opere uma limitação à liberdade de trabalho.

<sup>42</sup> O tema é desenvolvido em JOÃO ZENHA MARTINS, “A onerosidade dos pactos de exclusividade laboral”, *Obra comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, Almedina, Coimbra, 2017, 691-710.

<sup>43</sup> Tratamos da Lei n.º 4/2008, de 07.02, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 28/2011, de 16.06, que aprova o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos e estabelece o regime de segurança social aplicável a estes profissionais. Estabelece-se no n.º 5 do artigo 11.º, que “as partes podem estabelecer, por escrito, que o trabalhador realiza a sua atividade artística em exclusivo para o empregador, mediante a fixação de uma compensação adequada para a prestação do trabalho em regime de exclusividade”, e, por outro, no n.º 6, que “quando não exista contrato de exclusividade, celebrado nos termos do número anterior, os trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual podem celebrar contratos simultâneos com mais de uma entidade empregadora, desde que o cumprimento do objeto dos diferentes contratos não seja incompatível por razão de horário, localização geográfica, profissional ou outra”.

dedicação exclusiva, prevê um “subsídio complementar” para os professores<sup>44</sup> e um “subsídio de formação-investigação” para os assistentes<sup>45</sup>.

IV. Embora um dos efeitos naturais do trabalho a tempo parcial se encontre na proliferação do fenómeno do pluriemprego<sup>46</sup> e se pudesse descobrir no ordenamento português um sinal no âmbito da legislação sobre desemprego de que o contrato de trabalho a tempo parcial não assegura por princípio uma retribuição que viabilize meios de sustento adequados<sup>47</sup> –inquinando-se, assim, o cruzamento entre um pacto de exclusividade e um contrato de trabalho a tempo parcial (argumento que, suscitando dúvidas acerca da sua extrapolabilidade, é hoje claramente reversível, face à possibilidade aberta pelo Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15.03, quanto à cumulação da remuneração auferida no âmbito de um contrato de trabalho a tempo completo com a percepção do subsídio de desemprego parcial<sup>48</sup>)–, a legitimidade dos interesses empresariais que concorrem para a validade do pacto de exclusividade tem de ser apartada do problema conexo com a razoabilidade da autolimitação assumida pelo trabalhador, cuja apreciação apenas é prosseguida após a certificação de que o dever de exclusividade se justifica com base na necessidade de tutela dos interesses empresariais e face às funções que o trabalhador exerce.

Afigura-se, por isso, necessário distinguir o interesse de que o pacto tem de ser portador da necessidade de que a estipulação com alcance proibitivo seja proporcional ao fim prosseguido, em ponderação que, no plano legal, se encontra vertida no n.º 5

---

<sup>44</sup> Veja-se o n.º 1 do artigo 70.º do Estatuto da Carreira Docente Universitária (ECDU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/79, de 13.11, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 19/80, de 16.07, pelos Decretos-Leis n.ºs 316/83, de 02.07, 381/85, de 27.09, 392/86, de 22.11, 145/87, de 24.03, 147/88, de 27.04, 412/88, de 09.11, 35/85, de 01.02, 456/88, de 13.12, 393/89, de 09.11, 408/89, de 18.11, 388/90, de 10.12, 252/97, de 26.09, 205/2009, de 31.08, e pela Lei n.º 8/2010, de 10.08.

<sup>45</sup> Cfr. n.º 2 do artigo 70.º do ECDU.

<sup>46</sup> Salientando o aspeto, v. MARCO PAPALEONI, *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Pádua, 2004, 76; entre nós: PEDRO FURTADO MARTINS, “O Pluriemprego no Direito do Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 196; e, na jurisprudência, o Ac. STJ de 20.03.1991 (SOUSA MACEDO), BMJ 1991, n.º 405, 362.

<sup>47</sup> Referimo-nos ao subsídio de desemprego parcial, cuja atribuição, nos termos do Decreto-Lei n.º 72/2010, de 18.06 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 64/2012, de 15.03) e da Portaria n.º 207/2012 de 06.06, é devida quando o beneficiário se encontre a receber, ou tenha requerido, subsídio de desemprego e exerça ou venha a exercer uma atividade profissional por conta de outrem a tempo parcial com um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável, desde que o valor da retribuição do trabalho seja inferior ao montante do subsídio de desemprego.

<sup>48</sup> O diploma, que veio alterar o regime jurídico de proteção no desemprego dos trabalhadores por conta de outrem, e que encontra densificação na Portaria n.º 207/2012, de 06.06, vem estabelecer um apoio financeiro para os desempregados que recebem subsídio de desemprego e que voluntariamente aceitem ofertas de emprego, a tempo completo, com um salário (bruto) inferior ao valor do subsídio que recebem, embora com condicionantes várias, que atinam com o tempo de inscrição no centro de emprego, com a duração da medida e com o valor da retribuição auferida no âmbito do contrato de trabalho celebrado.

do artigo 55.º do CT2009<sup>49</sup>, o qual contém disposição que, diante dos interesses que justificam o desencadeamento do trabalho a tempo parcial de trabalhador com responsabilidades familiares, é suscetível de fundar um importante critério valorativo.

Inviabilizando-se, assim, qualquer presunção de incompatibilidade genésica e absoluta entre um contrato de trabalho a tempo parcial e uma cláusula de exclusividade, os interesses que se procuram salvaguardar com a incompatibilidade insita no n.º 5 do artigo 55.º do CT2009 podem manifestar-se noutras situações de trabalho a tempo parcial que estejam para lá das responsabilidades parentais relativas a filho menor de 12 anos, contexto em que, após a confirmação da inexistência de obstáculos ao interesse sério requerido para um pacto de exclusividade, a previsão convencional de que o trabalhador não pode exercer outra ou mais atividades *a latere* do contrato de trabalho mais não faz do que aflorar o critério que a lei, com vista à salvaguarda da finalidade subjacente ao regime de tempo parcial, vem estabelecer. E fá-lo, em adição ao juízo de ponderação *ex lege* que se encontra no n.º 5 do artigo 55.º do CT2009, mediante o pagamento de uma compensação *justa* ao trabalhador, já que a exclusividade convencional não convive, como se viu, com a gratuidade de uma limitação *ex voluntate* à liberdade de trabalho.

Assim, no pressuposto de que “a limitação voluntária tem que se restringir ao mínimo possível e deve ser justificada objetivamente, nos termos gerais do artigo 18.º da CRP”<sup>50</sup>, uma coisa é a aptidão do pacto para a proteção de interesses empresariais, e outra, que com esta não se confunde, é a proporcionalidade da obrigação gerada pelo pacto, que é aferível a partir da duração do trabalho subjacente, do montante compensatório atribuído ao trabalhador e da remuneração que este auferir.

Se estes fatores formam um parâmetro que permite a mensuração da proporcionalidade, trata-se apenas de aquilatar, em atenção à fundamentalidade da liberdade de trabalho, da (des)proporção do próprio conteúdo da obrigação<sup>51</sup>.

É neste plano que, por princípio, a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial se coloca: na proporcionalidade da limitação e não na falta do interesse sério que, a um tempo, concorre para a sua (in)validade.

---

<sup>49</sup> Estabelece o preceito que “(d)urante o período de trabalho em regime de tempo parcial, o trabalhador não pode exercer outra atividade incompatível com a respetiva finalidade, nomeadamente trabalho subordinado ou prestação continuada de serviços fora da sua residência habitual”.

<sup>50</sup> Assim, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2010, 124 que admite, à frente, a aposição de cláusulas de exclusividade a um contrato de trabalho intermitente, com enquadramento extrapolável para um contrato de trabalho a tempo parcial (351).

<sup>51</sup> Como fez notar JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, *maxime* 171-5, a ponderação e a otimização reclamadas pela presença de interesses em conflito (interesses da empresa *versus* direitos fundamentais dos trabalhadores), são viabilizadas pelo princípio da proporcionalidade –qual *princípio objetivo da ordem jurídica*–, que procura garantir, nas margens de possibilidade legal e factual, a mais ampla proteção do trabalhador e, em simultâneo, a mais ampla autonomia contratual.

Verificando-se que a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial se mostra desproporcionada perante a privação de possibilidades de sustento durante o tempo, necessariamente alargado, em que o trabalhador não se encontra a executar o contrato de trabalho, a mensuração da (des)proporção subjacente à obrigação assumida pelo trabalhador suscita a correlativa ampliação da compensação devida em razão dessa obrigação<sup>52</sup> e/ou a redução do conteúdo da limitação assumida, ajustando-a à dimensão material do meio de sustento viabilizado pelo contrato de trabalho.

Esta atividade jurisprudencial, que conhece um importante sinal com a possibilidade legalmente prevista de, no âmbito dos pactos de não concorrência, a contrapartida “sofrer redução equitativa quando o empregador houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional” (ainda e também o 270.º do CT<sup>53</sup> e, no plano adjetivo, as razões que conformam o *extra vel ultra petitum*), além de dimensionar as coordenadas de equilíbrio que guiam a execução de um acordo de limitação à liberdade de trabalho, vem atribuir à equidade um papel fundamental, fornecendo ao julgador uma orientação que lhe permite garantir a proporcionalidade da limitação, recorrendo a valorações e a argumentos necessariamente ligados ao caso concreto e às suas características particulares: tratando-se de entrecruzar uma ideia de equilíbrio e proporção com um sentido de vertente individualizadora de justiça implicativo de uma adequação necessariamente concreta à *factis species* que envolve o trabalhador, o fenómeno, dotado de explicitude acrescida no âmbito dos pactos de não concorrência, documenta o controlo, pelo juiz, dos conteúdos contratuais em jogo, traduzindo a vocação efetiva da ciência do Direito para garantir a construção de modelos de decisão aferentes a soluções materialmente justas.

A diferença traçada entre interesse legítimo e proporcionalidade da limitação à liberdade de trabalho vai assumir marcada importância ao afastar a procedência automática de um juízo de nulidade em razão da desproporção das obrigações que dimanam do acordo de exclusividade, por referência à retribuição auferida com o contrato de trabalho a tempo parcial. Por isso, a compensação estabelecida poderá ser

---

<sup>52</sup> PHILIPPE WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié* (2003), cit., 195, afirma que “il faudrait au minimum prévoir une indemnité compensant la privation de revenus qui en résulte”.

<sup>53</sup> A consideração, a propósito do artigo 270.º, de que o julgador deve intervir, face ao *tipo de critérios pré-fixados*, sempre que estejamos perante uma situação em que o trabalhador é objeto de um tratamento remuneratório “manifestamente lesivo”, constitui uma dimensão normativa do princípio do equilíbrio obrigacional, e, embora mais mitigadamente, por força da autonomia privada, dos princípios da proporcionalidade e da igualdade. Sendo o artigo 270.º do CT um afloramento do princípio da igualdade retributiva, constitucionalmente plasmado, a autonomia privada acaba onde começa aquela determinante constitucional. Posto que se topa com uma regra que aflora a principiologia que anima o sistema, não se está já perante uma norma materialmente excecional (aquelas, que são abrangidas pela estatuição do artigo 11.º do CC) mas, quando muito, perante uma regra formalmente excecional. Significa isto que, não se cuidando de uma solução *contra rationem iuris*, não fica vedada a sua aplicação analógica; bem ao contrário, tal regra suscitar-se-á sempre que as razões que determinam a sua consagração implicarem “extensivamente” as mesmas consequências jurídicas.

ajustada pelo julgador, já que o equilíbrio entre os sujeitos só é atingível se estiver garantido um controlo judicial dos montantes praticáveis (valor e adequação da contrapartida), à luz de um pressuposto global de justiça das obrigações convencionadas<sup>54</sup>, que assegure a adequação da renúncia<sup>55</sup>.

Traduzindo a vocação do princípio da proporcionalidade para proteger os trabalhadores<sup>56</sup> e a perspetivação do Direito do trabalho como um Direito de equilíbrio<sup>57</sup>, a junção dos valores devidos pelo trabalho a tempo parcial e pela compensação subjacente à obrigação de exclusividade (que se integra no conceito de retribuição<sup>58</sup>) não poderá, por isso, ser inferior à retribuição mínima mensal garantida, uma vez que esse contrato de trabalho passa a funcionar como a única fonte de rendimentos profissionais ao alcance do trabalhador.

V. Será, de resto, no âmbito do crivo proporcional que o trabalho a tempo parcial convoca, e que não pode operar de forma absolutamente geométrica, que a maioria dos problemas recentes se tem suscitado, interpelando o TJ, no quadro do reenvio prejudicial, a julgar desconformes diferentes preceitos da legislação de Estados-

---

<sup>54</sup> Assim, em relação ao *patto di non concorrenza*, salientando a necessidade de um montante equitativo, vide ANDREA PILATI, “Sulla nullità del patto di non concorrenza per esiguità del compenso corrisposto nel corso del rapporto di lavoro”, RIDL, 2000, II, 730, *Curso de Derecho del Trabajo*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2001, 384 ou VANIA BRINO, “La clause de non concurrence: Italie”, RDT 2007, n.º 11, 683. Entre nós: JÚLIO VIEIRA GOMES, “As Cláusulas de Não Concorrência no Direito do Trabalho”, *Juris et de Jure* (org. Manuel Afonso Vaz e José Azeredo Lopes), UCP, Porto, 1998, 945-6 e JOANA VASCONCELOS, *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, 198.

<sup>55</sup> Ainda o excursus jurisprudencial da *Cassation* contido em FLORENCE CANUT, “Sanction d’une clause de non concurrence excessive: vers une evolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation?”, *Dr. ouvrier* 2012, n.º 762, 16.

<sup>56</sup> Não sendo abundantes as referências legais ao princípio da proporcionalidade no CT, as que existem destinam-se, no essencial, a garantir direitos dos trabalhadores. Assim: o n.º 2 do artigo 18.º, ao determinar que o tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir; o n.º 2 do artigo 21.º que, com referência à utilização de meios de vigilância a distância, dispõe que a autorização da CNPD só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir ou o n.º 5 do artigo 538.º, referente à definição de serviços a assegurar durante a greve, ao prescrever que “a definição dos serviços mínimos deve respeitar os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade”.

<sup>57</sup> ISABELLE CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001, 140 e 486.

<sup>58</sup> Inserindo também a compensação no conceito de retribuição: DURAN LÓPEZ, “Pacto de no concurrencia”, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985, 187 e CRUZ VILLALÓN, *Estatuto de los Trabajadores Comentado* (2003), cit., 297. Diversamente, afastando a recondução da compensação ao conceito de retribuição, uma vez que “o pacto de dedicação é um elemento acidental do contrato de trabalho”, v. ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* (17.ª ed.), Civitas, Madrid, 1999, 986.

membros no que à cobertura previdencial associada às diferentes modalidades de trabalho a tempo parcial diz respeito.

Eis o que sucedeu no contexto do Ac. TJ de 09.11.2017 (*Maria Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal*), suscitado por iniciativa do Tribunal do Trabalho n.º 33 de Barcelona, que pediu orientação quanto à interpretação da Diretiva 79/7/CEE relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social e da Diretiva 97/81/CE respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES<sup>59</sup>.

Se, no ordenamento espanhol, o direito à prestação de desemprego surge com a perda do emprego, a questão de fundo esteve em saber se para determinar a duração da prestação devem ser tidos em conta apenas os dias em que efetivamente o trabalhador prestou a atividade laboral, mesmo que a respetiva quotização para a segurança social associada ao risco de desemprego tenha sido paga para todos os dias de cada mês do ano inteiro<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> O órgão jurisdicional de reenvio perguntou se a cláusula 4 do acordo-quadro é aplicável a uma prestação contributiva de desemprego como a que está em causa no processo principal. Em caso de resposta afirmativa, há que determinar se o acordo-quadro se opõe às regras nacionais em questão. Ao abrigo dessas regras, o cálculo do período durante o qual é paga a prestação de desemprego tem em conta apenas os dias trabalhados efetivamente pelo trabalhador desempregado, ainda que as quotizações sejam pagas por cada dia de todos os meses. Essa regra resulta numa redução do período durante o qual é paga a prestação de desemprego em comparação *tanto* com os trabalhadores a tempo parcial «horizontal», *como* com os trabalhadores a tempo inteiro.

<sup>60</sup> O artigo 210.º da LGSS tem como epígrafe «Duração da prestação de desemprego». O período de tempo durante o qual a prestação é paga ao trabalhador desempregado (a seguir «período de prestação») é estabelecido em função: (i) do período de trabalho durante o qual foram pagas quotizações nos seis anos anteriores à alteração da sua situação legal de emprego para a situação de desemprego; ou (ii) da data em que cessou a obrigação de quotização. É estabelecida uma tabela que determina o período de quotização em dias e o correspondente período durante o qual são pagas as prestações, também expresso em dias. Assim, por exemplo, para um período de quotização de 360 a 539 dias, são pagos 120 dias; um período de quotização de 1260 a 1439 dias gera uma prestação de 420 dias e um período de quotização superior a 2160 dias dá lugar ao pagamento de prestações durante 720 dias (o período máximo durante o qual são pagas prestações). Segundo a regra 4, n.º 1, da Sétima Disposição Adicional da LGSS, que estabelece regras aplicáveis aos trabalhadores a tempo parcial, «para determinar os períodos de quotização e de fixação da base de cálculo das prestações de desemprego, proceder-se-á em conformidade com o que for determinado na sua regulamentação específica». Estas regras figuram no Real Decreto 625/1985 de *protección por desempleo* (Real Decreto 625/1985, relativo à proteção no desemprego, a seguir «RD 625/1985»). O artigo 3.º daquele diploma determina a forma de cálculo do período durante o qual é paga a prestação. O artigo 3.º, n.º 1, refere-se aos trabalhadores a tempo inteiro. Este artigo dispõe: «[a] duração da prestação de desemprego é estabelecida em função dos períodos de trabalho durante os quais foram pagas quotizações nos quatro anos que antecederam a situação legal de desemprego, ou a data em que cessou a obrigação de quotização». Relativamente aos trabalhadores a tempo parcial, o artigo 3.º, n.º 4, estabelece que: «[q]uando as quotizações de que fez prova correspondam a trabalho a tempo parcial ou a trabalho efetivo em caso de redução de tempo de trabalho, cada dia trabalhado

Isto, porque o *Servicio Público de Empleo Estatal* (SPEE) considerou que, no caso de trabalho a tempo parcial, cada dia trabalhado devia ser contado como dia de quotização, pelo que, nos seis anos anteriores à sua situação de desemprego, a trabalhadora demonstrou ter pago quotizações por 1387 dias. O período de prestação foi, portanto, calculado em 420 dias, com o SPEE a não considerar o resto do período de seis anos relativamente ao qual a trabalhadora e os seus anteriores empregadores pagaram as quotizações. Ora, se a trabalhadora tivesse trabalhado com base na estrutura horizontal –1,75 horas durante cinco dias de trabalho por semana, totalizando 8,5 horas– teria tido direito à prestação de desemprego pelo período máximo de 720 dias.

Este enquadramento implica, por isso, que um trabalhador a tempo parcial vertical receba a prestação durante um período mais curto do que um trabalhador comparável a tempo inteiro, ainda que *tenha pago quotizações por cada dia de cada mês do ano*.

Atendendo a que no caso dos trabalhadores a tempo parcial vertical o sistema dá mais importância aos dias efetivamente trabalhados do que ao período de tempo que o trabalhador despense a fazer o seu trabalho ao longo de uma semana de trabalho, gera-se uma diferenciação entre os dois grupos de trabalhadores. Com isso, cria-se, como fez notar a Advogada Geral Eleanor Sharpston (§60)<sup>61</sup>, uma anomalia ilógica e punitiva que desfavorece os trabalhadores a tempo parcial vertical. Os trabalhadores a tempo parcial que realizam trabalhos com remuneração relativamente baixa, tal como os trabalhos de limpeza, podem ter pouca escolha no que se refere às suas condições de trabalho. E estes trabalhadores podem muito bem ser obrigados a aceitar condições de trabalho vertical que se adequam às necessidades do seu empregador simplesmente para garantir o emprego.

**VI.** Este percurso argumentativo é tão mais importante quanto vem fundar um novo patamar de análise no que ao princípio da não discriminação diz respeito: além da aplicação do critério *pro rata temporis* e do enlace entre igualdade e proporcionalidade que subjaz à delimitação da situação de comparabilidade entre um trabalhador com tempo parcial e um trabalhador com tempo completo, torna-se agora necessário analisar se o trabalho a tempo parcial vertical e o trabalho a tempo parcial horizontal recebem um tratamento homogéneo, garantindo-se que os trabalhadores a tempo parcial vertical não são relegados para um plano de subalternidade, que, na prática, funcionará como um segundo escalão de discriminação indireta.

Na verdade, não é novidade a consideração de que, perante as estatísticas disponíveis, qualquer regulação que incida sobre o trabalho a tempo parcial afetará sempre uma percentagem consideravelmente mais elevada de trabalhadores femininos que masculinos. E que, tanto no trabalho a tempo parcial horizontal quanto no trabalho a tempo parcial vertical, os trabalhadores do sexo feminino compõem maioritariamente qualquer dos subtipos.

---

será contado como um dia de quotização, independentemente da duração do tempo de trabalho».

<sup>61</sup> ECLI:EU:C:2017:223.

Dado que a diferença de tratamento não pode ser justificada por fatores objetivos e estranhos a qualquer discriminação baseada no sexo, a inexistência de tratamento idêntico entre o tempo parcial vertical e o tempo parcial horizontal aparecerá sempre como uma regulação portadora de consequências particularmente desvantajosas para as mulheres, afluindo-se a uma distinção em razão do sexo, que, em fundo, assenta num critério naturalmente desvalioso<sup>62</sup>.

Sem prejuízo, nutrem-se sérias dúvidas quanto à racionalidade desta via interpretativa, pois a comparação entre os trabalhos a tempo parcial vertical e horizontal, enquanto quadro de referência suscetível de conduzir a uma discriminação indireta, não pode perder de vista que nesse binómio os dois subtipos são maioritariamente compostos por trabalhadoras. A composição maioritariamente feminina dos subtipos do trabalho a tempo parcial implica a inexistência de qualquer discriminação intratipológica em razão do sexo, já que não há qualquer subtipo que seja maioritariamente masculino. Não se entrevêem, por isso, razões para fundar um novo quadro comparativo, em acréscimo ao que a Diretiva acolhe.

Como quer que seja, se a discriminação indireta tem recuada tradição no que à regulação sobre o trabalho a tempo parcial diz respeito e atina com diferentes aspetos associados a este *tipo* contratual –entre outros, veja-se o processo C96/80 (*J.P. Jenkins v Kingsgate*)<sup>63</sup>, o processo C171/88 (*Ingrid Rinner-Kuehn v Fww Spezial-Gebaudereinigung GmbH & Co Kg*)<sup>64</sup>, o processo C-243/95 (*Kathleen Hill and Ann*

---

<sup>62</sup> Nestes termos, sobre o Ac. TJ de 06.12.2007 (*Ursula Voß v. Land Berlin*), proc. C-300/06, onde se analisou legislação alemã sobre contratos de trabalho em funções públicas que determinava pagamentos distintos para horas extraordinárias, conforme o trabalhador em causa tivesse um contrato a tempo inteiro ou a tempo parcial, v. CATHERINE BARNARD, *EU Employment Law* (4.<sup>a</sup> ed.), Oxford University Press, Oxford 2012, 281 e 431, e, entre nós, MARIANA CANOTILHO, “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, *Julgar* 2011, n.º 14, 107-8 (101-111).

<sup>63</sup> ECLI:EU:C:1981:80. O caso girou em torno de uma política empresarial, à luz do *Equal Pay Act* (1970), que atribuía a trabalhadores com tempo parcial uma retribuição horária inferior à de trabalhadores a tempo completo. Considerando que essa diferença de retribuição era um meio indireto de discriminação de trabalhadoras, o Tribunal considerou existir uma violação do artigo 119 do Tratado, aplicando-o diretamente a essa situação.

<sup>64</sup> ECLI:EU:C:1989:328. Cuidou-se de legislação alemã sobre a manutenção do salário (a *Lohnfortzahlungsgesetz*) de 27.07.1969, que previa que o empregador devia manter a favor do trabalhador que, após a sua entrada em serviço, estivesse impedido, por motivo de incapacidade para o trabalho e sem culpa da sua parte, de prestar o seu trabalho, o pagamento da remuneração durante o período de incapacidade para o trabalho, por um período de até seis semanas; todavia, ficavam excluídos do benefício destas disposições os trabalhadores cujo contrato de trabalho previsse um período normal de trabalho igual ou inferior a dez horas por semana ou a quarenta e cinco horas por mês. Se o governo alemão alegou que o regime era justificado pelo facto de os trabalhadores com menos de dez horas não estarem tão integrados na empresa, o Tribunal considerou que artigo 119.º do Tratado CEE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que permita às entidades patronais excluir da manutenção da remuneração em caso de doença os trabalhadores cujo período normal de trabalho não exceda as dez horas por semana ou as quarenta e cinco horas por mês, quando essa medida atinja um número muito mais elevado de mulheres do que de homens, salvo se o Estado-membro demonstrar que a referida

*Stapleton v. Revenue Commissioners and the Department of Finance*)<sup>65</sup> ou o processo C-196/02 (*Nikoloudi vs Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*)<sup>66</sup> –, é importante salientar que, sempre que um trabalhador afirma que o princípio da igualdade de tratamento foi violado em seu detrimento e apresenta factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta, as normas da União Europeia relativas ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo devem ser interpretadas no sentido de que incumbe à parte demandada provar que não houve violação do referido princípio. Em alcance mais vasto, isto significa que pende sobre as entidades empregadoras a *probatio diabolica* de que uma medida que, no plano regimental, diferencie trabalho a tempo completo e trabalho a tempo parcial é necessária e proporcional à prossecução de um escopo válido e legítimo<sup>67</sup>.

**VII.** Ora, se também a restrição da possibilidade de celebração de pactos de exclusividade a trabalhadores a tempo completo não pode/deve ser apartada do princípio da igualdade no que aos diferentes trabalhadores diz respeito – esta igualação, crivada pelo princípio da proporcionalidade, deixa também intocados os períodos subjacentes às férias anuais ou às licenças de parentalidade, conhecendo outro tanto cabimento na indagação da privação da contrapartida devida por um pacto de

---

legislação se justifica por factores objetivos e estranhos a qualquer discriminação fundada no sexo.

<sup>65</sup> ECLI:EU:C:1997:76. O Tribunal considerou que o artigo 119.º do Tratado bem como a Diretiva 75/117/CEE relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação que prevê que, quando uma percentagem muito mais elevada de trabalhadores femininos em relação à de trabalhadores masculinos exerce a sua atividade em regime de tempo partilhado, aos trabalhadores em regime de tempo partilhado que acedem a um posto de trabalho a tempo inteiro é atribuído um escalão da tabela de remunerações aplicável ao pessoal que trabalha a tempo inteiro inferior ao da tabela de remunerações aplicável ao pessoal empregado em regime de tempo partilhado de que esses trabalhadores beneficiavam anteriormente, em virtude da aplicação pela entidade patronal do critério do serviço calculado por referência à duração do tempo de trabalho efetivamente cumprido num posto de trabalho, a menos que esta legislação se justifique por critérios objetivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo.

<sup>66</sup> ECLI:EU:C:2005:14. Tratou-se de regulamentação grega relativa a contratos de trabalho a tempo parcial que excluía a possibilidade de integração nos quadros de uma empresa dos trabalhadores contratados nesse regime, sendo esses trabalhadores, por força dessa regulamentação, exclusivamente mulheres. O Tribunal declarou então que sempre que incida sobre uma percentagem muito mais elevada de trabalhadores femininos do que de trabalhadores masculinos, a exclusão do trabalho a tempo parcial do cálculo da antiguidade constitui uma discriminação. indireta em razão do sexo, contrária ao Direito comunitário, a menos que essa exclusão se explique por factores objetivamente justificados e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo. Ainda: ANN NUMHAUSER-HENNING, “EU sex equality law post-Amsterdam”, *Equality Law for an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives* (ed. Helen Meenan), Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 157 (145-177) e MARIANA CANOTILHO, “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, cit., 110.

<sup>67</sup> Ver JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, cit., 680.

exclusividade—, importa, contudo, não descurar os efeitos desproporcionados que a assunção de uma regra de proporcionalidade absoluta pode gerar: além do potencial desvirtuamento da relação laboral no caso de o gozo das férias cobrir dias de não trabalho (exemplo: se o trabalhador apenas trabalha aos fins de semana, os seus vinte e dois dias de férias não poderão ser gozados apenas aos fins de semana, impondo-se, pois, considerar que as férias terão de ser fruídas em dias úteis consecutivos, independentemente de serem ou não dias de trabalho efetivo para aquele trabalhador), a dupla aplicação do princípio “*pro rata temporis*”, recortada a partir da sua incidência sobre a regra de computo dos períodos de quotização e sobre o cálculo do valor da pensão<sup>68</sup>, pode implicar que um trabalhador se veja normativamente obrigado a quotizar para um sistema de segurança social cuja regulação impede, na prática, qualquer possibilidade de alcançar uma pensão de reforma.

Esta situação foi particularmente visível no caso de uma trabalhadora espanhola que tinha de trabalhar 100 anos para garantir a carência mínima que lhe permitisse aceder a uma pensão, cuja quantia, calculada segundo o normativo vigente, não superaria os 113 euros.

Em conformidade, o TJ, no processo C-385/11 [*Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*]<sup>69</sup>, considerou, em Acórdão de 22.11.2012, que o artigo 4.º da Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19.12.1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que exige aos trabalhadores a tempo parcial, a grande maioria dos quais é constituída por mulheres, em comparação com os trabalhadores a tempo inteiro, um período de quotização proporcionalmente maior, para aceder, se for caso disso, a uma pensão de reforma de tipo contributivo cujo montante é proporcionalmente reduzido em função do seu tempo de trabalho.

---

<sup>68</sup> Pois esta, como no caso dos trabalhadores a tempo completo, calcula-se a partir das bases da quotização que tomam como referência a retribuição.

<sup>69</sup> Em 08.10.2009, com 66 anos de idade, a recorrente no processo principal apresentou ao INSS um pedido de pensão de reforma. Anteriormente, tinha trabalhado exclusivamente como empregada de limpeza num condomínio de proprietários, durante 18 anos, a tempo parcial, à razão de 4 horas por semana, ou seja, 10% do tempo de trabalho legal em Espanha, que é de 40 horas semanais. Por decisão de 13.10.2009, esta pensão foi-lhe recusada com o fundamento de que não preenchia o período mínimo de quotização de quinze anos que era exigido para a aquisição do direito à pensão de reforma em conformidade com as disposições do art. 161, n.1, al./b, da LGSS. A recorrente no processo principal interpôs *no Juzgado de lo Social* de Barcelona um recurso no âmbito do qual alegou que a Sétima Disposição Adicional da LGSS, em aplicação da qual a pensão lhe foi recusada, viola o princípio da igualdade. A referida disposição exigia, com efeito, um período maior de quotização aos trabalhadores a tempo parcial do que aos trabalhadores a tempo inteiro, mesmo tendo em conta o factor de correção constituído pelo multiplicador de 1,5 para aceder a uma prestação que é já proporcionalmente mais reduzida. Além disso, a recorrente no processo principal sustentou que essa regra implicava uma discriminação indireta, pois é estatisticamente incontestável que as mulheres são as principais utilizadoras em cerca de 80%, deste tipo de contratos.

Estando excluídas do conceito de «condições de emprego», na aceção do n.º 1 da cláusula do acordo-quadro, as pensões de segurança social que dependem menos de uma relação laboral do que de considerações de ordem social – a regra, como relembra o TJ, é de que estão incluídas no conceito de «remuneração», na aceção do n.º 2 do artigo 157.º do TFUE, as pensões que são atribuídas em função da relação laboral que une o trabalhador ao empregador, com exclusão das que decorrem de um sistema legal para o financiamento do qual os trabalhadores, os empregadores e, eventualmente, os poderes públicos contribuem numa medida que depende menos dessa relação laboral do que de considerações de política social<sup>70</sup>–, o TJ recorreu à Diretiva 79/7, dado que a pensão faz parte de um regime legal de proteção contra um dos riscos enumerados no n.º 1 do artigo 3 dessa Diretiva, a saber: a velhice, e está direta e efetivamente ligada à proteção contra esse risco.

Na sequência do caso, sobreveio o RD 11/2013, consagrando um cálculo trietápico: (i) define-se o coeficiente de parcialidade, determinado pela percentagem da jornada realizada a tempo parcial com referência à jornada prestada por um trabalhador a tempo completo, (ii) calcula-se o coeficiente global de parcialidade e (iii) o período mínimo de cotização exigido é diminuído, multiplicando-se a cifra estabelecida pelo coeficiente global de parcialidade.

**VIII.** A situação no nosso ordenamento é outro tanto problemática, já que, em caso de *trabalho a tempo parcial*, de *contrato de muito curta duração* e de *contrato intermitente* com prestação horária de trabalho é declarado um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas.

Com efeito, o enquadramento previsto no Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, que concretiza os artigos 92.º e 93.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social<sup>71</sup> –diploma absolutamente omissivo quanto ao trabalho a tempo parcial, que viabiliza, aliás, a leitura corrente de que o trabalho a tempo parcial continua a ser socialmente marginal–, estabelece, no n.º 1 artigo 16.º, que os tempos de trabalho são declarados em dias, independentemente de a atividade ser prestada a tempo completo ou a tempo parcial.

Isto significa que um trabalhador a tempo parcial que trabalhou quatro horas por dia durante 22 dias do mês, no total de 88 horas mensais, declara, perante a Segurança Social, 15 dias (14+1), uma vez que, fazendo cálculos de múltiplos de 6, verifica-se que 88 horas correspondem a  $14 \times 6 + 4$ .

Ora, se em razão do método utilizado para calcular o período de quotização exigido para beneficiar de uma pensão de reforma, esta regulamentação pode excluir, na prática, estes trabalhadores da possibilidade de obterem essa pensão, a verdade é que

---

<sup>70</sup> Cfr. § 41 do Acórdão de 10.06.2010 [*Istituto nazionale della previdenza sociale* (INPS) v. *Tiziana Bruno e Massimo Pettini* (C-395/08) e *Daniela Lotti e Clara Matteucci* (C-396/08)], ECLI:EU:C:2010:329.

<sup>71</sup> Aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16.09, com a última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 93/2017, de 01.08.

essa exclusão não constitui uma medida efetivamente necessária para alcançar o objetivo de salvaguarda do sistema de segurança social, pois não está demonstrada a inexistência de outra medida menos gravosa para esses mesmos trabalhadores com vista a garantir o equilíbrio financeiro de um sistema cuja base é contributiva.

Com efeito, embora atendendo à necessidade da obrigação de cumprir um certo número de períodos de quotização prévios para que certas prestações sejam elegíveis, a obrigação de desconto *ope legis* para Segurança Social que recai sobre os trabalhadores a tempo parcial, ao associar um dia de trabalho por cada conjunto de seis horas, determina que um trabalhador a tempo parcial adquira a antiguidade que lhe confere o direito a uma pensão de reforma a um ritmo mais lento do que o trabalhador a tempo inteiro. Assim, se a referência à obrigação de desconto *ope legis* para Segurança Social se destina a evidenciar a existência de uma obrigação de desconto sem qualquer garantia de retorno (face ao prazo de garantia exigido para o acesso à reforma), cabe ter presente que, por princípio, nada obstará a que determinados trabalhadores, em função da pouca carga horária subjacente a um contrato de trabalho, fiquem isentos da contribuição *per vinculum* para a Segurança Social.

Isso mesmo foi decidido pelo TJ no processo C-317/93 (*Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover*), em Acórdão de 14.12.1995, ao considerar que o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19.12.1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional que exclui do regime legal de seguro de velhice os empregos normalmente com menos de quinze horas semanais de trabalho e um salário que não ultrapassa um sétimo do salário mensal médio, mesmo que abranja muito mais mulheres do que homens, na medida em que o legislador nacional pode razoavelmente considerar que a legislação em causa era necessária para atingir um objetivo de política social estranho a qualquer discriminação em razão do sexo.

Encontrando-se juízo decisório idêntico no processo C-444/93 (*Ursula Megner v Hildegard Scheffel*), que esteve na base de Acórdão de 14.12.1995, e sendo possível, à luz do Direito da União Europeia, excluir-se pessoas que desenvolvem uma atividade laboral pautada pela escassez horária do seguro obrigatório correspondente a um regime de segurança social, já não será contudo admissível que, a partir de uma regra de cálculo geometricamente desenhada para o período de quotização necessário, se possa criar um *manto de desproteção* para trabalhadores a tempo parcial que, perante a obrigação contributiva estabelecida, se vejam, na prática, impedidos de aceder à reforma<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Sobre o ponto, cfr. GÓMEZ GORDILLO, “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, n.º 47, 173-4 (157-179).

Trata-se, pois, de uma diferença de tratamento assente no mero facto de o trabalho ser a tempo parcial, já que os contratos de trabalho de um trabalhador a tempo completo e de um trabalhador a tempo parcial têm uma duração efetiva equivalente<sup>73</sup>.

Não se cuidando de questionar a existência de um critério objetivo que permita uma redução proporcionada dos direitos pecuniários subjacentes à pensão de um trabalhador a tempo parcial – dado que a *quantidade* de trabalho efetivamente prestada por um trabalhador a tempo parcial durante a sua carreira é inferior à de um trabalhador que tenha cumprido durante toda a sua carreira um contrato de trabalho a tempo completo, algo que não pode deixar de ter reflexo no valor recebível<sup>74</sup> –, do que se trata é de apurar se um trabalhador a tempo parcial apenas beneficia num plano formal da cobertura pelo sistema da totalidade das contingências, já que, no plano material, estes trabalhadores apenas podem aceder a algumas das prestações.

E é justamente aqui que se evidencia a disfuncionalidade criada pela aplicação irrestrita do princípio do *pro rata temporis*, visto que, na ausência de um critério de correção, o princípio vai conformar a data da aquisição do direito à pensão, a qual é determinada pela duração da antiguidade adquirida pelo trabalhador a tempo parcial<sup>75</sup>.

Se o princípio da não discriminação entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro implica que a duração da antiguidade considerada para efeitos da determinação da data da aquisição do direito à pensão seja calculada, para o trabalhador a tempo parcial, como se tivesse ocupado um posto a tempo inteiro

---

<sup>73</sup> O enquadramento vale de igual modo para as condições de acesso ao subsídio de desemprego, retendo-se que, entre nós, é necessário cumprir o prazo de garantia de 360 dias de trabalho por conta de outrem com registo de remunerações nos 24 meses anteriores à data do desemprego. Tudo está, pois, na forma como se contam os dias para compor o prazo de garantia exigido para o acesso a essa prestação.

<sup>74</sup> Não é, contudo, assim em caso de acidente de trabalho, pois o sinistrado, por ser um trabalhador a tempo parcial, tem, e bem, o direito a ver calculadas as prestações que lhe são devidas como se trabalhasse a tempo inteiro. Com efeito, os artigos 1.º, 10.º, 17.º e 26.º do Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e das Doenças Profissionais aprovado pela Lei n.º 100/97, de 13.09, não consentem a aplicação do princípio *pro rata temporis*, uma vez que o acidente de trabalho não afeta apenas a capacidade de trabalho para aquela atividade desempenhada a tempo parcial, mas também a capacidade para qualquer outra atividade que o trabalhador pudesse exercer. Do que se trata é, pois, da diminuição da capacidade de ganho de alguém durante todo o tempo possível de desempenho da correspondente atividade profissional, sem que se afigure relevante atender à (in)completude do período normal de trabalho.

<sup>75</sup> O n.º 3 do artigo 16.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, vem estabelecer que nas situações de início, interrupção, suspensão ou cessação de contrato de trabalho a tempo completo é declarado o número efetivo de dias de trabalho prestado a que correspondeu remuneração. A disposição, que desde sempre existiu no Direito português, é, todavia, manifestamente diferente do n.º 4 do mesmo artigo, pois não se pode equiparar, no plano regimental, a exiguidade da carga horária subjacente à execução *de pleno* de um contrato de trabalho a tempo parcial às situações em que a execução de um contrato de trabalho, a tempo inteiro ou a tempo parcial, está suspensa devido a um impedimento ou uma interrupção temporária por parte do trabalhador ou da empresa ou devido a causa alheia.

(sendo integralmente considerados os períodos não trabalhados, pois o trabalho a tempo parcial não implica a interrupção da relação laboral e os períodos não trabalhados, que correspondem à redução das horas de trabalho previstas num contrato de trabalho a tempo parcial, decorrem da normal execução desse contrato e não de qualquer suspensão<sup>76</sup>), já se vê que o n.º 4 do artigo 16.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011, de 03.01, ao postular que apenas seja declarado como um dia de trabalho cada conjunto de seis horas, ofende a cláusula 4 do acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial anexo à Diretiva 97/81/CE, cujo sentido se opõe, por princípio, a uma disposição nacional que exclua os períodos não trabalhados do cálculo da antiguidade necessária para adquirir o direito a uma pensão.

Gerando-se uma situação em que, por força da aquisição a um ritmo mais lento da antiguidade conferente do direito a uma pensão, um trabalhador a tempo parcial com menos de seis horas diárias é discriminado em relação a um trabalhador com seis ou mais horas por dia, importa não acrescentar nova discriminação em relação aos trabalhadores a tempo parcial, por via da privação da contrapartida devida pela assunção de uma obrigação de exclusividade, lá onde ambos os sujeitos a desejarem. Tratando-se de um pacto de limitação à liberdade de trabalho que, não sendo condicionável pelas horas diárias de trabalho prestadas, tem benefícios mútuos, o sistema, perante situações desproporcionadas ou disfuncionais, alberga os mecanismos de reação devidos, intervindo a jusante para corrigir o desequilíbrio gerável por um pacto de exclusividade que surja associado a um contrato de trabalho a tempo parcial.

## BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO: “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais - Breves Reflexões”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias* (coord. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 103-114 (= “Contrato de trabalho e direitos fundamentais”, *Themis* 2001, n.º 4, 23-39).
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO: *Contrat de Travail et Droits Fondamentaux. Contribution à une dogmatique commune européenne, avec référence spéciale au droit allemand et au droit allemand et au droit portugais*, Peter Lang GmbH, Francoforte sobre o Meno, 2000 (= *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005).
- ADOMEIT, KLAUS (com PETER HANAU): *Arbeitsrecht*, Luchterhand, Munique, 2005.
- ALONSO OLEA, MANUEL (com CASAS BAAMONDE): *Derecho del Trabajo* (17.ª ed.), Civitas, Madrid, 1999.
- AMADO, JOÃO LEAL (com JOANA NUNES VICENTE): “Contrato de trabalho intermitente”, *XI- XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 119-137.
- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI: *Les clauses du contrat du travail* (2.ª ed.) Liaisons, Paris, 2010.

---

<sup>76</sup> Como transparece do § 77 do Acórdão de 10.06.2010 (*Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v. Tiziana Bruno e Massimo Pettini (C-395/08) e Daniela Lotti e Clara Matteucci (C-396/08)*, ECLI:EU:C:2010:329).

- ANTONMATTEI, PAUL-HENRI: *L'année de droit social 2010: Textes, jurisprudence, commentaires*, ed. Lamy, Paris, 2011.
- BARBIERI, EZIO MARIA: “Sulla trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in uno a tempo pieno senza il consenso del lavoratore”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2014, n.º 5, Milano, 1089-1096.
- BARNARD, CATHERINE: *EU Employment Law* (4.ª ed.), Oxford University Press, Oxford 2012.
- BIAGI, MARCO (com MICHELE TIRABOSCHI): *Istituzioni di diritto del lavoro* (4.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2007.
- BIAGI, MARCO (com MICHELE TIRABOSCHI): *Istituzioni di diritto del lavoro* (5.ª ed.), Giuffrè, Milão, 2012.
- BRINO, VANIA: “La clause de non concurrence: Italie”, *RDT* 2007, n.º 11, 682-684.
- BUGADA, ALEXIS: “Droit constitutionnel appliqué. Aperçu sélectif de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation (année 2000)”, *RFDT* 2001/4, n.º 48, 779-791.
- CAMANHO, PAULA PONCES: “Contrato de trabalho a tempo parcial”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Vol. 4*, Almedina, Coimbra, 2003, 205-223.
- CANOTILHO, MARIANA: “Brevíssimos apontamentos sobre a não discriminação no Direito da União Europeia”, *Julgar* 2011, n.º 14, 101-111.
- CANUT, FLORENCE: “Sanction d’une clause de non concurrence excessive: vers une evolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation?”, *Dr. Ouvrier* 2012, n.º 762, 12-19.
- CARNEIRO, JOANA: “O contrato de trabalho intermitente: a relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *Questões Laborais* 2010, ns. 35-36, 203-242.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Contrato de Trabalho a Tempo Parcial (Tópicos de Reflexão)”, *IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2007, 219-235.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho”, *Código do Trabalho – A Revisão de 2009* (coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, 329-379.
- CARVALHO, ANTÓNIO NUNES: “Considerações sobre o trabalho intermitente”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier - Vol. I*, UCP, Lisboa, 2015, 327-376.
- CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA: “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Coimbra Editora, 2011, 365-371.
- CAUPERS, JOÃO: *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985.
- CENDON, PAOLO: *Commentario al codice civile. Artt. 2595-2642: Concorrenza, consorzi, disposizioni penali*, Giuffrè, Milão, 2009.
- CENDON, PAOLO: *Commentario al codice civile. Artt. 2060-2134. Lavoro subordinato*, Giuffrè, Milão, 2011.
- CONSENTINO, MARIA GIULIA: “Il lavoro a tempo parziale”, *Manuale del diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale* (a cura di Glauco Zaccardi), Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2015, 277-318.

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES: “Da situação jurídica laboral: perspectivas dogmáticas do Direito do Trabalho”, *ROA* 1982, 89-149.
- CORNESSE, ISABELLE: *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Paris, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, JESÚS (com RAMOS VELASCO/GÓMEZ GORDILLO): *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: “Pacto de no concurrencia”, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985.
- FLECKER, JÖRG: “La flessibilità: una via obligata? Riorganizzazione dell’impresa e forme di occupazione flessibili”, *Dentro e oltre i post-fordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica* (dir. Rosangela Lodigiani & Monica Martinelli), Vite e Pensiero, Milão, 2002, 235-261.
- GAC-PECH, SOPHIE LE: *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, Paris, 2000.
- GAUDU, FRANÇOIS: *Droit du Travail*, 2.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2007.
- GAUDU, FRANÇOIS (com RAYMONDE VATINET): *Les contrats du travail: contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, Paris, 2001.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: “As Cláusulas de Não Concorrência no Direito do Trabalho”, *Juris et de Jure* (org. Manuel Afonso Vaz e José Azeredo Lopes), UCP, Porto, 1998, 933-968.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: *Direito do Trabalho. Volume I: Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA: “Da fábrica à fábrica de sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. Liberdade de Compromisso- Volume II*, UCP, Lisboa, 2009, 247-281.
- GÓMEZ GORDILLO, RAFAEL: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2014, n.º 47, 157-179.
- LUQUE PARRA, MANUEL: “Pactos típicos, nuevas tecnologías y relación laboral”, *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, 153-185.
- MALAUURIE, PHILIPPE (com LAURENT AYNÈS): *Cours de Droit Civil. Les Contrats Spéciaux*, LGDJ, Paris, 2000.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO: “Direito do Trabalho – Relatório”, *Separata da RFDUL*, Coimbra editora, Coimbra, 1999.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO: *Direito do Trabalho* (5.<sup>a</sup> ed.), Almedina, Coimbra, 2010.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: “A onerosidade dos pactos de exclusividade laboral”, *Obra comemorativa dos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Volume I*, 2017, Almedina, Coimbra, 691-710.
- MARTINS, PEDRO FURTADO: “O Pluriemprego no Direito do Trabalho”, *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Memórias* (org. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, 191-210.
- MENEGATTI, EMANUELE: *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato*, Cedam, Pádua, 2012.
- MOLL, WILHELM: *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, Munique, 2005.

- MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Los derechos fundamentales en materia laboral”, RPS 1979, n.º 121, 315-346.
- MOULY, JEAN: “Une nouvelle création prétorienne à la charge de l’employeur: l’obligation de protection juridique du salarié”, *D.* 10/2007 (8 mars 2007), 695-9.
- MOULY, JEAN: *Droit du Travail* (4.<sup>a</sup> ed.), Bréal, Paris, 2008.
- NUMHAUSER-HENNING, ANN: “EU sex equality law post-Amsterdam”, *Equality Law for an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives* (ed. Helen Meenan), Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 145-177.
- PAPALEONI, MARCO: *Il nuovo part-time. Nel settore privato e pubblico*, Cedam, Pádua, 2004.
- PÉLISSIER, JEAN: “La liberté du travail”, *DS*, 1990, n.º 1, 19-26.
- PILATI, ANDREA: “Sulla nullità del patto di non concorrenza per esiguità del compenso corrisposto nel corso del rapporto di lavoro”, *RIDL* 2000/II, n.º 4, 728-732.
- RAY, JEAN-EMMANUEL: “Les Libertés dans L’entreprise”, *Pouvoirs* 2009, n.º 130, 127-142.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito do Trabalho, Parte I - Dogmática Geral* (2.<sup>a</sup> ed.), Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito Social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais* (3.<sup>a</sup> ed.), Almedina, Coimbra, 2010.
- RÉMY, PHILIPPE: «La Jurisprudence des Contrats Spéciaux quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil», *BFDVC*, Vol. LX, 1984, Coimbra Editora, Coimbra, 151-168.
- REY GUANTER, SALVADOR DEL: *Estatuto de los trabajadores: Comentado y con jurisprudência*, La Ley, Madrid, 2007.
- RIZOS-VIGNAL, FABIENNE: *Le droit du travail au quotidien*, Editions du Moniteur des pharmacies, Paris, 2009.
- RUBIO DE MEDINA, MARIA DOLORES: *El pacto de permanencia en la empresa*, Bosch, Madrid, 2005.
- RUSSO, ALBERTO: *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milão, 2004.
- RÜTHERS, BERND (com HANS BROX/MARTIN HENSSLER): *Arbeitsrecht* (17.<sup>a</sup> ed.), GmbH, Estugarda, 2007.
- SCHLIEMANN, HARALD (com REINER ASCHEID): *Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.
- VASCONCELOS, JOANA: *A Revogação do Contrato de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011.
- VICENTE, JOANA NUNES (com JOÃO LEAL AMADO): “Contrato de trabalho intermitente”, *XI- XII Congresso nacional de direito do trabalho - Memórias*, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2009, 119-137.
- VICENTE, JOANA NUNES (com JOÃO LEAL AMADO): “Trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente”, *Tempo de trabalho e tempos de não trabalho – o regime nacional do tempo de trabalho à luz do Direito europeu e internacional* (Estudos APODIT 4), AAFDL, Lisboa, 2018, 269-271.

WAQUET, PHILIPPE: *L'entreprise et les libertés du salarié - Du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Liaisons, Paris, 2003.

WAQUET, PHILIPPE: “Paradoxe n.º 7: Pouvoirs Libertés”, *13 paradoxes en droit du travail*, Lamy, Paris, 2012, 239-241.

## CUARENTA ANIVERSARIO DE LOS ACUERDOS CON LA IGLESIA CATÓLICA

**Paulino César Pardo Prieto**

pcparp@unileon.es  
Prof. Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de León

Recibido: 28/10/2019 – Aceptado: 05/11/2019

### Resumen

Pasados cuarenta años desde que fuera completado el sistema concordatario español, el artículo propone una amplia reflexión sobre la vigencia de estas normas cuya razón de ser radica en facilitar el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los creyentes católicos. Después del detenido estudio de aquellos aspectos concordados que han provocado un mayor debate doctrinal y jurisprudencial, el autor concluye que los acuerdos no han servido en absoluto a dicho objetivo.

■ **Palabras-clave:**  
Acuerdos Iglesia católica;  
Concordatos; Igual libertad  
de conciencia; Neutralidad  
del Estado

### Abstract

■ **Keywords:**  
Agreements Catholic Church;  
Concordats; Equal freedom  
of conscience; Secularism

After forty years since the Spanish concordat system was completed, the article proposes a broad reflection on the validity of these norms whose *raison d'être* is to facilitate the exercise of religious freedom of Catholic believers. After careful study of those aspects that have caused a greater doctrinal and jurisprudential debate, the author concludes that the agreements have not served this objective at all.

1. Presentación del estudio – 2. El acuerdo entre el estado español y la Santa Sede de 1976 – 3. Los acuerdos entre el estado español y la Santa Sede de 1979: 3.1. Acuerdo sobre asuntos jurídicos; 3.2. Acuerdo sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas; 3.3. Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales – 4. Acuerdo sobre asuntos económicos – 5. Conclusiones finales – Bibliografía

## 1. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

Este 2019 hemos venido conmemorando el cuarenta aniversario de la creación de la Universidad de León. Mil novecientos setenta y nueve también fue el año en que se suscribieron el grueso de los acuerdos vigentes con la Iglesia católica. La coincidencia de ambas efemérides es una buena excusa para la reflexión crítica acerca del lugar que ocupan dichos acuerdos en el ordenamiento jurídico español y sus aportaciones al desarrollo y ejercicio del derecho de libertad religiosa.

Mi impresión, ya lo adelanto, es muy negativa. Trataré a lo largo de los sucesivos epígrafes de realizar un análisis lo suficientemente amplio como para que pueda entenderse por qué.

En la valoración del encaje del subsistema generado en torno a los acuerdos con confesiones, asume especial importancia considerar la naturaleza de las normas a través de las cuales expresan sus contenidos, diferenciando aquello que es puramente *instrumental* (normas dirigidas a precisar la eficacia de los Acuerdos, su extensión subjetiva, temporal, espacial,...) o constituye Derecho *común* (normas generales o de mera utilidad sistemática), de aquello que es Derecho *especial* (particularizaciones, normas imperativas o permisivas de desarrollo o aplicación de la normativa especial estatal sobre libertad religiosa) o Derecho *singular* (normas cuya virtualidad es más personal)<sup>1</sup>.

En estas últimas normas se configura el elemento diferenciador de los acuerdos. Con ellas se tratará de facilitar a los creyentes el cumplimiento de sus deberes religiosos, resolviendo –llegado el caso– hipotéticos supuestos de colisión entre la obligatoriedad en conciencia y las obligaciones o prohibiciones señaladas por la norma estatal<sup>2</sup>.

Evidentemente, dado que estas aportan las principales novedades para la libertad de conciencia y las mayores dificultades para la igualdad, también serán las que pongan a prueba la coherencia del sistema.

Teniendo bien presentes esos elementos, vayamos ahora a los contenidos concordados.

---

<sup>1</sup> Estas ideas en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad religiosa y Derecho común en el ordenamiento español: Presupuestos conceptuales*, pp. 179-206, y CUBILLAS RECIO, L.M., *Los acuerdos de cooperación y las demás técnicas de conexión interordenamientos*, pp. 101-142, ambos en Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre Libertad religiosa, celebrado en León los días 22 y 23 de octubre de 2009, León, 2010.

<sup>2</sup> Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Los Acuerdos y el principio de igualdad: comparación con los acuerdos con la Iglesia católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo*, en VV.AA., *Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1996, pp. 171-172.

## 2. EL ACUERDO DE 1976

En el Acuerdo de 1976, que forma parte aún de la lógica de intercambio característica del modelo de utilidad propia del régimen en el que formalmente todavía se ubica<sup>3</sup>, la singularidad aparece en gran medida como desfavor hacia la libertad religiosa de los católicos<sup>4</sup>.

Así ocurre en los apartados segundo y tercero del artículo I. En ese tiempo preconstitucional y en relación al régimen concordatario que quiso dejarse atrás, constituían un avance. Promulgada la Constitución, devienen irreconciliables con sus exigencias de libertad e igualdad<sup>5</sup>.

El artículo I comienza por afirmar que el nombramiento de “*arzobispos y obispos es exclusiva competencia de la Iglesia católica*”. Pero dicha regla general es matizada acto seguido al incorporar dos modalidades de “*sana colaboración*”, dos privilegios,

---

<sup>3</sup> Sobre la realización de ese modelo en los últimos años del régimen franquista véase SUÁREZ PERTIERRA, G., *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*. Vitoria, 1978. Sobre la evolución de la Iglesia en ese período, véase también MIRET MAGDALENA, E., *La Iglesia franquista*, en *Revista Tiempo de Historia*, núm. 62, Año: VI (1980), pp. 72-91.

<sup>4</sup> De ese deseo de libertad que existía dentro de la Iglesia española dan cuenta las palabras del propio MIRET: “*hay algo que no puede dejarnos tranquilos a los católicos... ¿Quién elegirá ahora a los obispos? (...) Lo importante sería que fuera el pueblo mismo el que eligiera a sus pastores, hace falta que la Iglesia reconozca prácticamente la mayoría de edad del pueblo cristiano, y que sea él quien intervenga en el nombramiento de los obispos futuros. Pedimos que en la Iglesia, y fuera de ella, sea de una vez verdad la igualdad. Que haya algo más que confesiones (...)*”. MIRET MAGDALENA, E., *Abajo los concordatos*, en *Revista Triunfo*, Número: 706, año XXXI, 7/8/1976, p. 45.

<sup>5</sup> Acerca del régimen concordatario inaugurado y la irreconciliabilidad con los principios nuevos, resulta imprescindible LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., LLAMAZARES CALZADILLA, M.<sup>a</sup>C., *Derecho de la libertad de conciencia*, dos tomos, Madrid, 2011 (con sucesivas ediciones y reimpresiones); algunos aspectos advertidos bien pronto por el propio autor y SUÁREZ PERTIERRA en *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española, bases de su tratamiento jurídico*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º. 61, 1980, pp. 7-34. Un amplio estudio del régimen anterior y el nuevo en su relación con el ordenamiento jurídico español respectivo, puede verse en PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, 2008 y *Libertad de conciencia y sistema concordatario histórico español*, León, 2004. Un compendio de otras aproximaciones realizadas en estos años, puede verse en GARCIMARTÍN MONTERO, M.<sup>a</sup>C., *Los Acuerdos entre España y la Santa Sede: cuarenta años de vigencia*, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 49, enero de 2019 (RI §421260). Una visión en perspectiva política en MANTECÓN, J., *España: ¿y si se denunciaran los acuerdos con la santa sede?* en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm.39, octubre de 2015 (RI §416567) o BENEYTO BERENGUER, R., *El futuro de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (según los programas de los partidos políticos a las elecciones generales del 2015)*, en la misma revista pero en el núm. 41, mayo de 2016 (RI §417536).

que afectan al *nombramiento de Arzobispos, Obispos y Coadjutores con derecho a sucesión* y a la *provisión del Vicariato General Castrense*<sup>6</sup>.

En cuanto a aquellos, el Estado conserva el derecho a oponer antes de que tenga lugar la provisión “*objeciones concretas de índole política general*”<sup>7</sup>. Sobre el papel, y a diferencia del procedimiento hasta entonces vigente, la intervención estatal no tiene valor decisivo, ahora bien, la mera eventualidad de que el Estado argumente tales objeciones no es constitucionalmente aceptable<sup>8</sup>. De una parte, porque le obliga a pronunciarse sobre asuntos de naturaleza exclusivamente religiosa abandonando la necesaria separación y neutralidad ante las creencias. De otra, porque quiebra la independencia y autonomía de la confesión<sup>9</sup>.

Estado y confesión, al pactar esa fórmula, están disponiendo de lo que no es suyo: los derechos de libertad esenciales a la ciudadanía democrática<sup>10</sup>. Que, además, las diligencias permanezcan en secreto por ambas partes (artículo I.2, *in fine*) parece

<sup>6</sup> Lo sustancial de la provisión canónica estaba contemplado al momento de la suscripción del Acuerdo en los cc. 147 a 182, 1457 a 1466 y 326 y ss. CIC (1917), en cuanto a los obispos, así como en el Decreto *Christus Dominus* de 28 de octubre de 1965, números 20 y 43; actualmente, junto al Decreto, en los cc. 146 a 183 y 375 y ss. CIC (1983).

<sup>7</sup> Vid. artículo I, apartado 2º, párrafo 1º. En dos párrafos sucesivos añade: 1) “*Se entenderá que no existen objeciones si el Gobierno no las manifiesta en el término de 15 días*”. 2) “*Las diligencias correspondientes se mantendrán en secreto por ambas partes*”.

<sup>8</sup> Esta cláusula está en otros concordatos de países de la Unión Europea mereciendo las mismas críticas. Véase PARDO PRIETO, P.C., *Acuerdos confesionales versus laicidad. Nuevas tendencias, viejas tendencias: -Últimos acuerdos de países europeos*, en SUÁREZ PERTIERRA, G. (y otros, Coords.), *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber discipulorum en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández*, Madrid, 2014, pp. 126-147.

<sup>9</sup> Vid. IBÁN, I.C., *Transición política y relaciones concordatarias en España*, en VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J.M. (ed.), *Los concordatos: Pasado y futuro. Actas del Simposio Internacional de Derecho Concordatario. Almería, 12-14 de noviembre de 2003*, Granada, 2004, p. 79, BARBIER, *La Laïcité*, París, 1995, pp. 92-93, y en el mismo sentido FELICIANI, G., *Les nominations épiscopales entre liberté de l'Église et intervention de l'État: La 'prénotification officieuse'*, en *Revue de Droit Canonique*, vol. 46/2, “*L'organisation de l'Islam; La liberté religieuse*”, 1996, p. 358; en contra de esas opiniones, MESSNER, F., *La procédure de nomination d'un évêque auxiliaire en droit local alsacien - mossellan*, en *L'année canonique*, vol. XLIII, 2001, pp. 305 - 306. A buen seguro, la intención de evitar una jerarquía adversa a los intereses del Estado estaba en la mente de los negociadores del Acuerdo; como anota HERA, A. de la, *El Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 28 de julio de 1976...*, *op. cit.*, p. 386. Un caso bien diferente a los otros que aquí comentamos es, desde luego, el del Obispo de Urgell y Copríncipe de Andorra, sobre esto JORDÁN VILLACAMPA, M.ª.L., *El obispo de la Seo de Urgel: Jefe de Estado, en Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico: il diritto canonico di fronte al terzo millenio: atti dell'XI Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, 2002, pp. 631-642.

<sup>10</sup> FELICIANI, G., *Les nominations épiscopales entre liberté de l'Église et intervention de l'État: La 'prénotification officieuse'*, en *Revue de Droit Canonique*, vol. 46/2, “*L'organisation de l'Islam. La liberté religieuse*”, 1996. 345-348. Sobre todo si, como es el caso, el Estado financia directamente a esa creencia; BARBIER, M., *La Laïcité*, *op. cit.*, p. 93.

congruente con el régimen franquista pero desde luego no lo es con la transparencia hoy exigida legalmente con carácter general<sup>11</sup> ni, por supuesto, con los principios de nuestra Constitución ni las actuales modalidades de relación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. No estamos ante una materia *clasificable*, en el sentido de la Ley 48/1978, y, por consiguiente, sustraerse al principio general de publicidad<sup>12</sup>, cuando está en juego el interés de las Cámaras en “...recabar la información que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado” (artículo 109 CE) y a las Cortes corresponde *controlar la acción del Gobierno* (artículo 66), a éste *responder de su gestión política* ante el Congreso de los Diputados (artículo 108) y a los Tribunales “...controla(r) la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (artículo 106.1).

Los argumentos expuestos son trasladables en buena medida a la provisión del Vicariato General Castrense del artículo I, apartado 3º, del Acuerdo, con razón considerada verdadera secuela del histórico privilegio de presentación<sup>13</sup>.

En este caso lo exigido es el *común acuerdo* de las dos instituciones para la formación de una terna de candidatos entre la que el Rey presentará uno al Romano Pontífice. El requisito del previo *común acuerdo* nos sitúa ante una interferencia tal en el ejercicio de los derechos a asociarse para desarrollar comunitariamente actos religiosos y a designar libremente sus ministros (art. 2.1, letra d, y 2.2 LOLR) que por sí sólo contraviene la imprescriptible inmunidad de coacción connatural a las libertades personales y la neutralidad del Estado<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Véase la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE del 10), cuyo objeto, señala su artículo primero, es: “...ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en este último sentido, no parece descartable que actuar las autoridades del Estado conforme a la letra del acuerdo pudiera ser objeto de alguna de las sanciones previstas en el Título II de la Ley.

<sup>12</sup> Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (BOE del 6), modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre (BOE del 11) que dota de una nueva redacción a prácticamente todos sus artículos. En concreto, tras la reforma de 1978, a tenor del artículo 2, podrán ser declaradas materias clasificadas: “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”. Sobre la interpretación de la expresión “materias clasificadas” y la resolución de conflictos competenciales entre poder Ejecutivo y Judicial, *vid.* las SsTS de 14 de diciembre de 1995, especialmente sus fundamentos jurídicos 4 y 5, y 14 de noviembre de 1992.

<sup>13</sup> SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, Madrid, 1999 *op. cit.*, p. 56.

<sup>14</sup> Por ello y porque la interferencia limita el pluralismo que ha de caracterizar a las sociedades democráticas, la legitimidad de este tipo de interferencias ha sido cuestionada en la jurisprudencia del TEDH, véase la decisión *Serif v. Greece*, nº. 38178/97 (HUDOC), que cita, a su vez, *Kokkinakis v. Greece* del 25 de mayo de 1993, *Wingrove v. the United Kingdom*, de 25 de noviembre de 1996, y *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria*, de 21 de junio de 1988. Al valor que aporta la jurisprudencia del Tribunal a la defensa de la

Pero es que además la intervención trastoca la naturaleza misma de la institución monárquica<sup>15</sup>. De un lado, atenta contra las obligaciones que asume la máxima representación del Estado de guardar y hacer guardar la Constitución y respetar los derechos de los ciudadanos en condiciones de igualdad para todos<sup>16</sup>. De otro, la proposición del candidato por el rey al papa es un acto regio discrecional, válido, a pesar de carecer de refrendo<sup>17</sup>, lo que implica una excepción gravemente anómala por cuanto el desenvolvimiento general de las facultades derivadas de la comandancia militar regia se caracteriza precisamente por la atribución y sujeción de su ejercicio al Gobierno<sup>18</sup>.

Estamos ante una contradicción insuperable entre las exigencias de la libertad de conciencia y la igualdad, de un lado, y las singularidades que comportan estas normas, de otro. O bien el Estado se separa de lo religioso y desecha por completo participar en la elección, o bien estará vulnerando la laicidad que la Constitución impone.

Y si la participación en los nombramientos genera esas contradicciones, no son menores las que resultan del artículo II del Acuerdo.

En su apartado segundo, el Estado asume el compromiso de que la “*competente Autoridad*” notifique al respectivo ordinario o a la Santa Sede la presentación de “*demanda criminal*”, contra clérigo o religioso, en el primer caso, o contra el obispo o asimilado canónicamente, en el segundo. Hay en esta disposición un Derecho singular, atinente a todas esas personas, ajeno completamente al ejercicio de la libertad religiosa y, más en general, el derecho a la intimidad que el art. 18.1 CE asocia a la dignidad personal, y coadyuva la existencia de un ámbito propio y reservado frente la

---

autonomía de las confesiones religiosas se ha referido ROCA, M<sup>a</sup>J., *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias*, Sevilla, 2005, pp. 124–125.

<sup>15</sup> Inclusive, de aceptarse las argumentaciones de una parte de la doctrina, encontraríamos en el ámbito de las hipótesis que este privilegio es terreno abonado para los conflictos con la libertad de conciencia del monarca y quizá debiera el Rey oponerse frontalmente a su ejecución hasta el punto de forzar su inaplicación. Sobre estos planteamientos, CIÁURRIZ, M<sup>a</sup>. J., *La libertad de conciencia del Rey en la Constitución*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte, t. I*, Castellón, 1999, pp. 243 a 251, especialmente 250–251.

<sup>16</sup> Artículo 61.1 CE. Por más que sea del agrado de la autoridad eclesial y ésta insista en seguir titulando al monarca como ‘*rey católico*’. Expresivamente, la edición de ABC del 21 de noviembre de 2001, encabezando la noticia de una homilía conmemorativa del reinado: “*Con el título de ‘Rey Católico’*”. O, más recientemente, Alfa y Omega, *Reconocimiento de la Iglesia al Rey Don Juan Carlos. Un rey católico sin alardes*, núm. 884, 5 de junio de 2014.

<sup>17</sup> Téngase en cuenta que, según el artículo 56.3 CE, sus actos estarán *siempre* refrendados, *careciendo de validez* si no lo obtuvieran en los términos previstos en el artículo 64. Con una sola excepción, la contemplada en el artículo 65.2, de acuerdo con el cual nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

<sup>18</sup> Por más que en el Vicario concurra la condición de autoridad religiosa y castrense, más en concreto, la de general, no puede olvidarse que justo “*la colación de empleos militares es el único acto propio de la Administración militar que precisa la intervención concurrente del Rey y el Gobierno*”. Cfr. LAFUENTE BALLE, J.M<sup>a</sup>., *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Madrid, 1987, pp. 393 y 395.

acción y el conocimiento de los demás que como dice el Tribunal Constitucional: “...atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida”<sup>19</sup>. En otras palabras: “Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada. Corresponde, pues, a cada individuo reservar un espacio, más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Y, en correspondencia, puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites, obvio es, que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pues a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada, personal o familiar”<sup>20</sup>.

Cualquier restricción de ese derecho fundamental a la intimidad ha de superar cumulativamente, por ello, varias condiciones: 1) estará contenida en una ley, que será orgánica si afecta al contenido esencial del derecho; 2) traerá causa de la Constitución; 3) será proporcionada al interés protegido y 4) formalmente, la norma expresará con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora, esto es, fijará claramente el límite y su regulación<sup>21</sup>.

Descendiendo al plano de la legalidad formal, lo menos que cabe decir es que este aspecto del Acuerdo hoy pone injustificadamente en riesgo el derecho a la protección de los datos personales<sup>22</sup> y colisiona con el carácter secreto de las diligencias<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Vid la STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4. Repite la doctrina enunciada, entre otras, en las SsTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, letra B); 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5, letra A); 142/1993, de 22 de abril, FJ 7; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3.

<sup>20</sup> STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

<sup>21</sup> SsTC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 15 y 16; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 11/1981, de 8 de abril, FJ 5. Doctrina que es también la contemplada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. *casos LEANDER, de 26 de marzo de 1987, §§ 47 y ss.; Z, de 25 de febrero de 1997; FUNKE, de 25 de febrero de 1993; X e Y, de 26 de marzo de 1985; GASKIN, de 7 de julio de 1989.*

<sup>22</sup> Así consideramos sucedería en consecuencia con los artículos 16.2 y 18.1 CE y así habría sucedido a la vista del artículo 8 de 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* (DOCE L 281, de 23 de noviembre) o del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE del 14). Derogada esta última, la referencia ha de encontrarse en el artículo 9 y concordantes de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE del 6).

<sup>23</sup> Vid., entre otros, los artículos 7 y 8 de la LO 1/1982, de 5 de mayo; 520.1, párrafo 1º de la LECr en relación a los derechos del detenido y 7 y 8 del Reglamento Penitenciario, en

Estamos ante un residuo histórico, fruto de la vieja dinámica institucionalista<sup>24</sup>, claramente inconstitucional.

### 3. LOS ACUERDOS ENTRE EL ESTADO ESPAÑOL Y LA SANTA SEDE DE 1979

El Acuerdo de 1976, a pesar de todas esas tachas que acabamos de señalar, veíamos supone un punto de inflexión en la política concordataria del régimen franquista en tanto comienza a desmontar el *do ut des* y abre el paso a una nueva forma de relación, más adecuada a los principios que en materia de libertad religiosa se autoimpone la Iglesia católica tras el Concilio Vaticano II. Los Acuerdos de 1979, por su lado, pretenden también una actualización del instrumento jurídico concordatario a los principios constitucionales. Distinto es que tal objetivo se pudiera conseguir por ese medio<sup>25</sup>.

#### 3.1. Acuerdo sobre asuntos jurídicos

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos distinguirá una cooperación directa entre el Estado y la institución, como en el caso de las disposiciones relativas a capacidad jurídica y de obrar de la Iglesia católica (artículos II, V, o I, apartados 1 a 4), de una cooperación más dirigida a los verdaderos titulares del derecho de libertad religiosa, como en la conmemoración de festividades (III) o la celebración del matrimonio (VI).

No obstante, característico de los acuerdos de 1979 es también la incorporación de un importante número de normas cuya presencia resulta superflua:

- a) Aquellas que remiten expresa o tácitamente al Derecho común: la referencia al libre y público ejercicio de actividades religiosas (artículo I.1); al trámite de expropiación (artículo I.5); a la inviolabilidad de los archivos eclesiásticos (I.6); a la libertad de comunicar, publicar o dictar normas (artículo II); al desempeño de actividades benéficas o asistenciales (artículo V, apartados 1 y 2).

---

relación a los derechos de los internos, el artículo 301 LECr y concordantes, sobre secreto de sumario, y 197 y ss. del CP, sobre la tutela penal de datos de carácter personal que revelen la ideología, religión o creencias.

<sup>24</sup> Vid. ALBERCA DE CASTRO, J.A., *Régimen jurídico del ministro de culto en España y Francia. Estudio sistemático y textos normativos*, Editorial Comares, Granada 1999, p. 77; ECHEVERRÍA, L. de, *La recíproca renuncia de la Iglesia y del Estado de los privilegios del fuero y de presentación de obispos*, en *Estudios Eclesiásticos*, núm. 201, 1977, p. 218; GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M<sup>a</sup>., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, 1997, p. 360.

<sup>25</sup> Creo muy pertinente recordar la opinión de Jiménez Lozano, para quien la Iglesia oficial había obtenido un reconocimiento tan grande en los primeros años del postfranquismo que incluso el instrumento jurídico concordatario reaparecía como fórmula idónea para articular la relación de la Iglesia con el Estado democrático y neutral hasta en la propia izquierda... A pesar del rechazo que despertaba en las bases católicas, por cuanto restringía la libertad religiosa de los fieles y la autonomía de la institución. JIMÉNEZ LOZANO, J., *Cinco años de convivencia: Iglesia y Democracia*, en *Revista Tiempo de Historia*, núm. 72, Año VI (1980), pp. 125 y ss.

- b) Aquellas que son normas meramente instrumentales: el preámbulo, las disposiciones transitorias, la cláusula derogatoria del artículo VIII.
- c) Aquellas respecto de las que vale más convenir su inocuidad en aras a salvaguardar su pervivencia como, por ejemplo, sucede con el artículo VII.

Algunas de las que contendrían especialidad o singularidad, de nuevo, generan graves problemas de congruencia al incidir bien en una limitación injustificable del derecho de libertad de conciencia de los católicos o bien en un injustificable privilegio hacia éstos.

Lo primero acontece en relación a los límites a la autonomía organizativa de la Iglesia del artículo I.2 AAJ. De conformidad con este precepto, ninguna parte del territorio español dependerá de Obispo cuya sede se encuentre en territorio sometido a soberanía de otro Estado y ninguna circunscripción española comprenderá territorios sujetos a soberanía extranjera<sup>26</sup>. Ni el Acuerdo ofrece una justificación a su inclusión ni nosotros vemos cómo puede conciliarse con el reconocimiento que de los derechos de asociación y libertad religiosa llevan a cabo los artículos 16, 22 o 34 CE y, más en concreto, con la autonomía organizativa que atribuyen al grupo religioso los artículos 2, apartado segundo, y seis, apartado primero, de la LOLR.

De nuevo, las más eficaces garantías para los derechos de los católicos no están contenidas en el AAJ sino que derivan de la Constitución española y de la regulación unilateral sobre libertad de conciencia y libertad religiosa dictada para su desarrollo. El Estado ha pactado con la confesión la renuncia parcial al ejercicio de un derecho fundamental que, obviamente, no es ni de uno ni de otra sino de los ciudadanos fieles. Es una antinomia real, que determina la inconstitucionalidad de esta parte del Acuerdo.

Otro supuesto similar de inconstitucionalidad, también por determinar normas netamente contrarias a los derechos de libertad de los fieles católicos, residiría en el Protocolo Final, cuando obliga al párroco del lugar donde tuvo lugar la ceremonia matrimonial a dar traslado al Registro de la misma para su inscripción, desatendiendo la voluntad de unos contrayentes que muy bien pudieran preferir mantener su unión al margen del Derecho del Estado<sup>27</sup>. Los inconvenientes se superarían generalizando a todos los matrimonios la formación de expediente matrimonial previo civil<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> De nuevo, la excepción es la Sede de Urgell.

<sup>27</sup> Como advierte la Profesora JORDÁN, así ha venido ocurriendo, particularmente “...en el supuesto, nada infrecuente, de que las partes, para no perder determinadas pensiones, como las de viudedad, hicieran dejación de su obligación de inscribir en el Registro Civil el matrimonio celebrado y el párroco, pudiendo inscribir, no lo inscribiera”; JORDÁN VILLACAMPA, M<sup>a</sup>.L., *Reflexiones sobre matrimonio concordatario e inscripción en el registro civil. Pérdida de la pensión de viudedad*, en *Ius canonicum*, vol. 39, N<sup>o</sup> Extra I, 1999 (Ejemplar dedicado a: *Escritos en honor de Javier Hervada*), pp. 1129-1136.

<sup>28</sup> Así el expediente, como mantiene LLAMAZARES “...funcionaría como manifestación expresa de que quieren que su matrimonio tenga efectos civiles, no teniéndolos ni siendo posible su inscripción en caso contrario” LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad de conciencia y matrimonio*, en *Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso internacional de*

La obligación que asume la Iglesia de proceder a través del párroco a transmitir al juez encargado del Registro civil en el plazo de cinco días la noticia de la celebración matrimonial, condena a la irrelevancia la voluntad de la pareja; significa, lisa y llanamente, que se precluye la posibilidad de una celebración canónica cuya ulterior eficacia civil quede al arbitrio de los propios contrayentes, algo que si está al alcance de las demás confesiones cuyo rito matrimonial ha sido reconocido como forma válida de celebración por el ordenamiento del Estado. Las instituciones cierran el paso a la libertad de los ciudadanos fieles<sup>29</sup>.

### 3.2. Acuerdo sobre asistencia religiosa a las fuerzas armadas

Entre las normas instrumentales, el preámbulo incide en el Acuerdo como parte del amplio compromiso revisor y actualizador del Concordato de 1953. Poco aportan las cláusulas sobre vigencia (párrafo último y artículo VIII) e interpretación (artículo VII), similares a los demás acuerdos<sup>30</sup>, hasta tal punto debe ser escaso su valor, que la derogación implícita de la parte del Acuerdo relativa al Servicio Militar Obligatorio no ha motivado actuación alguna de una u otra parte<sup>31</sup>.

Lo esencial del documento reside en la configuración de un amplio Derecho especial regulador de la asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas (artículo I) que permite, incluso, la celebración del matrimonio ante los competentes ministros de culto (Anexo I en relación al artículo III, párrafo 2º) pero, sobre todo, viene a facilitar la ruptura con el anterior modelo de integración al limitarse, en términos generales, a definir el papel del Vicariato General y enumerar su composición y estructura (artículos I y II); indicar los cauces para su provisión (artículos III y IV) y, describir el contenido y alcance de la jurisdicción religiosa en

---

*Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, 2001*, p. 60. Incluso, CASTRO JOVER propone se extienda dicho expediente en el futuro, en su caso, para el matrimonio celebrado con el rito gitano; vid. *Sistema matrimonial e igualdad en la ley. Especial referencia al matrimonio contraído por el rito gitano*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 51 (2019), p. 11.

<sup>29</sup> REINA BERNÁLDEZ, V., *El sistema matrimonial español*, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Barcelona, 1980, pp. 355-356. También GARCÍA RUÍZ, Y., y REDONDO ANDRÉS, M., *La eficacia civil del matrimonio canónico en Italia y España*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pp. 832 y ss.

<sup>30</sup> A tenor del artículo VII, Estado y Santa Sede procederán a la resolución “*de común acuerdo*” de las dudas o dificultades, “*inspirándose para ello en los principios que lo informan*”. El último párrafo, remite la entrada en vigor al momento del canje de los instrumentos de ratificación.

<sup>31</sup> La finalización del Servicio Militar Obligatorio, regulado por Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre (BOE del 21), tuvo lugar mediante Disposición Transitoria Decimoctava y Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (BOE del 19) y Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar (BOE del 10).

las Fuerzas Armadas (Anexo I en relación a los artículos I, II, III, IV, V y VI y Anexo II en relación a los artículos I, II, y III)<sup>32</sup>.

Hay, por tanto, un desarrollo del derecho de libertad religiosa de los fieles católicos aunque no llegue al extremo de decantar un modelo preciso de asistencia<sup>33</sup>. Esto justifica que si, inicialmente, los gobiernos democráticos continuaron con el de integración, la Ley de 1989 y su reglamento optaron por el contractual y es éste el que vino a confirmar la Ley de 1999, combinándolo con la colaboración voluntaria de sacerdotes y religiosos, los cuales recibirán una contraprestación económica configurada, básicamente, como dieta o suplido. Paradójicamente, no habiendo impuesto el Acuerdo un modelo, ni siquiera una ulterior negociación entre Estado e Iglesia acerca del mismo, contiene amplias reminiscencias de la integración<sup>34</sup>.

Desafortunadamente, en el desarrollo que sí contiene el Acuerdo contraría la libertad e igualdad constitucionales.

Los artículos III y IV del AARFA vienen a condensar las previsiones de los artículos 2 y 3 del Convenio de 1950<sup>35</sup> y lo dispuesto en el artículo 1.3 del Acuerdo de 1976, de tal modo que la provisión del Vicario General Castrense ha de merecer las mismas censuras que antes expusimos. La provisión no sirve sino para perpetuar el carácter de materia mixta que las dos instituciones han tradicionalmente otorgado a la asistencia religiosa de los ejércitos. El AARFA constituye una ocasión desperdiciada y un extraordinario ejemplo de inconstitucionalidad.

---

<sup>32</sup> Para una aproximación a los modelos precedentes de asistencia religiosa, *vid.* MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos de 3 de enero de 1979*, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio, 1979, pp. 343 – 374. CONTRERAS MAZARÍO, J.M<sup>a</sup>., *La asistencia espiritual en el derecho canónico y concordado: el ordinariato castrense en España*, Madrid, 2001, pp. 59 – 71.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, “...la consideración de los capellanes castrenses como párrocos personales (...) queda firmemente reglamentada, aunque no se desarrolle el punto específico relativo a si tales capellanes castrenses constituyen un Cuerpo de Funcionarios del Estado financiados por éste, ni tampoco si dentro de los capellanes castrenses se han de establecer graduaciones paralelas o similares a las militares”. STC de 13 de mayo de 1982, FJ Quinto.

<sup>34</sup> Esta es también la opinión de LLAMAZARES, *Libertad de Conciencia...*, t. II, *op. cit.*, p. 549.

<sup>35</sup> La letra de los artículos citados es la siguiente:  
 “Artículo II. La Santa Sede procederá al nombramiento del Vicario General Castrense, previa presentación del Jefe del Estado, según lo establecido en el Convenio en vigor entre la misma Santa Sede y España, sobre provisión de las Sedes Arzobispales y Episcopales y el nombramiento de Coadjutores con derecho de sucesión.  
 El Vicario General Castrense será elevado a la dignidad arzobispal.  
 Artículo III. Al quedar vacante el Vicariato Castrense, el Teniente Vicario de la Primera Región Militar más antiguo en este cargo, asumirá interinamente las funciones del Vicario General Castrense, con las limitaciones pertinentes, por carecer de la dignidad episcopal.”  
*Vid.* AAS 43 (1951) 80-86.

### 3.3. Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales

Nuevamente, varias disposiciones del AEAC sirven para acompañar distintos aspectos de su vigencia, aplicación, interpretación y extinción. Son funciones que corresponden al preámbulo, los artículos XVI y XVII y el Protocolo Final. Su carácter es, por tanto, instrumental, pero valdrá la pena hacer algún apunte al respecto.

El preámbulo anuncia que la revisión de lo previsto concordatariamente en esos ámbitos tiene lugar: “...*en el espíritu del Acuerdo de 28 de julio de 1976*”. Después de lo que hemos dicho al inicio de este trabajo acerca de aquel ‘espíritu’, convendrá aceptar que un término de significado jurídico tan escasamente positivo habrá de ser comprendido en la enunciación expresa de los principios superiores del ordenamiento constitucional que sí menciona el acuerdo del setenta y nueve: *libertad civil en materia religiosa e igualdad sin privilegios*<sup>36</sup>. Procediendo de este modo, y siempre que se acepte su plena correspondencia con los principios de libertad de conciencia e igualdad (artículos 16 y 14) no habrá inconveniente para aceptar en este punto su constitucionalidad.

El artículo XVII determina la derogación de los artículos XXVI a XXXI del Concordato de 1953 y el mantenimiento por las universidades de la Iglesia de sus derechos adquiridos que podrán, sin embargo, abandonar para acogerse al régimen general de las universidades no estatales; más difícil es delimitar en qué se concretan los mencionados derechos y en qué medida tenemos que considerarlos subsistentes, pero nos ocuparemos más adelante de ello<sup>37</sup>.

Como en ocasiones anteriores, una sustancial parte del Acuerdo resulta inoperante porque o bien remite a futuros pactos o bien lo comprometido no añade nada a lo previsto unilateralmente por el Estado. Eso es lo que ocurre con la garantía del respeto al derecho fundamental de los padres sobre la educación moral y religiosa de los hijos; el señalamiento de la libertad de conciencia e igualdad como límites a la enseñanza de la Religión y Moral católica; la convalidación de estudios y reconocimiento de títulos o, en fin, la incorporación como límite a las libertades del respeto a “*los valores de la ética cristiana*” o a los sentimientos de los católicos en los medios de comunicación social públicos. Evidentemente, en todos estos supuestos, el Estado actúa desde sus principios democráticos, no desde perspectivas confesionales religiosas. En consecuencia, no cabe pensar que se está ofreciendo al catolicismo un trato distinto del común<sup>38</sup> y, en este sentido, aunque el Acuerdo no lo mencione,

---

<sup>36</sup> Preámbulo, párrafos tercero y cuarto; en éste, literalmente el AEAC se refiere a la “...*igualdad sin privilegios que Iglesia y Estado profesan en materia de enseñanza*”. El párrafo tercero, por su parte, indica que las propuestas contenidas en el texto se hacen “...*evitando cualquier discriminación o situación privilegiada*”.

<sup>37</sup> Vid. artículo XVII AEAC. Quizá ocurre, como dijera SOUTO, que: “*La compleja fórmula derogatoria olvidó (..) el Convenio de 5 de abril de 1962 sobre el reconocimiento, a efectos civiles, de los estudios de ciencias no eclesiásticas realizadas en España en universidades de la Iglesia (...)*”; véase su *Comunidad política y libertad de creencias...*, op. cit., p. 562.

<sup>38</sup> En este sentido, LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid, 1999, pp. 251-253. Sobre

enseñanza y medios de comunicación de titularidad privada están en la misma medida obligados por los principios de tolerancia, pluralismo e imparcialidad, aunque no lo estén, como los públicos, por el de laicidad<sup>39</sup>.

Nada añade la garantía del artículo V del AEAC en función de la cual la Iglesia podrá organizar actividades formativas o religiosas en los Centros Universitarios públicos mediando el simple acuerdo entre la jerarquía católica y las autoridades académicas.

El artículo VIII, párrafo primero, del Acuerdo, al declarar el derecho de la Iglesia católica a establecer seminarios para la formación de sacerdotes, religiosos y seglares y asegurar el respeto al carácter específico que les confiere la normativa canónica<sup>40</sup>, no hace sino redundar en los derechos y garantías constitucionales así como en las garantías que la LOLR ofrece al ejercicio de los derechos a recibir e impartir enseñanzas religiosas y a formar ministros de culto<sup>41</sup>.

Si ha supuesto una singularidad, en cambio, la previsión de la docencia de la materia “*Doctrina católica y su Pedagogía en las escuelas universitarias de formación del profesorado*” (artículos III y IV del AEAC). Tan cierto como que su implementación

---

la delimitación del objeto protegido por el AEAC, FERREIRO GALGUERA, J., *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Madrid, 1996, pp. 192–194 y 209–210. Igualmente, sobre la relación entre sentimientos y libertad de conciencia, véanse TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005, pp. 55–59, así como en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 6, 2006, las contribuciones de CASTRO JOVER, A., *La libertad de conciencia en el empleo público*, pp. 58–63 y LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión*, pp. 229–234; ROSELL GRANADOS, J., *Confesiones religiosas y medios de comunicación*, Cáceres, 2001, pp. 77, 78, 90 y 91, SORIA, C., *Los Acuerdos Iglesia – Estado en materia de información*, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, p. 297. Distinta puede ser la lectura de la disposición querida por la institución católica, vid. ORTEGA, J.L., *Los medios de comunicación social*, en VV.AA. *Acuerdos Iglesia – Estado español en el último decenio. Su desarrollo*, Madrid, 1987, pp. 165–173 y 185; MORENO BOTELLA, G. *Autonomía la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del acuerdo sobre enseñanza de 3 de enero de 1979. a propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero*, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 14, mayo 2007, p. 14.

<sup>39</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>.C., *Derecho a la información: Libertad de información y de expresión*, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia, t. II, Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Madrid, 1999, pp. 198–200; MARTÍ, J.M<sup>a</sup>, *Sociedad, medios de comunicación y factor religioso. Perspectiva jurídica*, Cuenca, 2003.

<sup>40</sup> Véanse, ad. es., cánones 1354 y ss. CIC (1917) y, en similar sentido, cánones. 232, 234, 244, 248 ó 249 CIC (1983).

<sup>41</sup> Véanse, de la Constitución, los artículos 16, apartados 1 y 3 (libertad de conciencia y religiosa), 27.1 (libertad de enseñanza), 27.3 (derecho a recibir una formación religiosa y moral coherente con las convicciones individuales) y 27.6 (libertad de creación de centros dentro del respeto a los principios constitucionales) y de la LOLR, los artículos 2.1, letra c), y 2.2.

ha puesto en apuros la laicidad del Estado aunque, como es sabido, el TC se ha pronunciado por su constitucionalidad<sup>42</sup>.

Lo más relevante, lo auténticamente singular del Acuerdo, es la permanencia de la Enseñanza de Religión y Moral católica en el sistema educativo (artículos II, III, VI, VII, del AEAC).

Coincidimos con aquella parte de la jurisprudencia que ha arrojado dudas sobre la constitucionalidad de esa integración<sup>43</sup>, partiendo de la consideración de que el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones no es sino: “...*un derecho de protección indirecta, que se consigue a través del establecimiento y protección de otros derechos constitucionales, como el derecho a la libertad de enseñanza (artículo 27.1 de la Constitución), el derecho de creación de centros docentes (artículo 27.6 de la misma), el derecho a la libertad de cátedra (artículo 20.1.c), y la neutralidad ideológica de los centros públicos (artículo 18-1 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, reguladora del Derecho a la Educación). Es a través de estos preceptos como se hace efectivo el derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Constitución, sin necesidad, por lo tanto, de que exista una regulación propia, específica y concreta del mismo*”<sup>44</sup>.

Escapa a este ámbito un estudio más detallado pero, a mi juicio, el AEAC quedaría en este punto a salvo de cualquier duda de constitucionalidad únicamente si: 1) la “*designación*” del personal, cuando recaiga en terceros ajenos al Centro, no fuera sino una “*autorización*” –a fines básicamente identificativos y de organización– y cuando recaiga en profesores pertenecientes a los cuerpos docentes sólo tendría como consecuencia que estos desempeñaran esa función sin que se viera afectada su originaria prestación de servicios para la Administración; 2) la presencia en el claustro

<sup>42</sup> Vid. STC 187/1991, de 3 de octubre (BOE de 05 de noviembre de 1991), dictada en recurso de amparo contra la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que declara la obligación de la Universidad Autónoma de Madrid de incluir como asignatura optativa en los Planes de Estudio la “*Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía*”.

<sup>43</sup> Como la propia STC de 15 de febrero de 2007, pues como observa FERREIRO: “*el objeto del fallo es proclamar la plena constitucionalidad, no de los Acuerdos en su totalidad, sino de los artículos del AEAC y de la LOGSE cuestionados (...) que tienen alguna relevancia respecto al proceso a quo*”; véase FERREIRO GALGUERA, *Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre sus cimientos normativos (STC 38/2007)*, en RGDCDEE, n.º 14, mayo 2007, p. 25. En el mismo número, incide también en esta idea GUTIÉRREZ DEL MORAL, M<sup>a</sup>.J., *Reflexiones sobre el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos y la enseñanza de la religión en los centros públicos*, en RGDCDEE, n.º 14, mayo 2007, p. 3. Un amplio recorrido por esa jurisprudencia en CUBILLAS RECIO, L.M., *Enseñanza confesional y cultura religiosa: estudio jurisprudencial*, Valladolid, 1997.

<sup>44</sup> Vid. STS Sala 3<sup>a</sup> (Contencioso – administrativo) de 24 de junio de 1994, FJ 7, y la valoración al efecto de SUÁREZ PERTIERRA, G., *La enseñanza de la educación en el sistema educativo español*, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 4, 2004, pp. 238 y ss. También CUBILLAS RECIO, L.M., *La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos*, en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º. 2, 2002, pp. 157-219.

“con plenos efectos” de quienes no pertenezcan a los cuerpos docentes asuma como límite insoslayable los derechos de participación de los demás profesores y, en general, de la Comunidad Educativa; 3) quepa algún tipo de cooperación paliativa del coste que implica para la creencia prestar la actividad –seguridad social, suplidos, desplazamientos– o para los alumnos recibirla –medios didácticos–; 4) la expresión “condiciones equiparables” no significaría incorporación al horario escolar o evaluabilidad en paridad con las asignaturas curriculares; 5) compete a la Administración educativa la regulación *ad extra*, todo lo relativo a la configuración de la enseñanza religiosa dentro del itinerario educativo, y a la Iglesia católica su regulación *ad intra*, es decir, su efectiva impartición por los docentes designados en el marco articulado por la Administración.

Conforme a esta interpretación del Acuerdo: 1º) la designación permitiría al Estado utilizar la decisión del Ordinario como presupuesto para la asignación a la persona elegida de la responsabilidad de la tarea formativa, con sus correlativos derechos y deberes desde el punto de vista estrictamente civil; 2º) la presencia en el claustro de los enseñantes no funcionarios, resultaría siempre útil y conveniente a los fines del sistema educativo; 3º) el resultado de la obligación expresa que asumen las partes de negociar la posición jurídica de los enseñantes no conllevaría la dependencia de estos de la Administración; 4º) la expresión “condiciones equiparables” quedaría referida única y exclusivamente a disponibilidad de medios materiales y temporales; 5º) las competencias de Estado e Iglesia vendrían delimitadas con toda nitidez y serían congruentes con la laicidad que ha de caracterizar la acción de los poderes públicos.

Pero si en el Acuerdo hay una normativa singular netamente inconstitucional esa es la relativa a la creación de universidades de la Iglesia y el reconocimiento y homologación de sus títulos. No vemos qué puede cabalmente justificar la pervivencia de un régimen privilegiario, que lo es sólo por razón de la titularidad católica de los centros, separado del resto únicamente en cuanto por razones de oportunidad lo decida en cada caso la Iglesia y así lo consienta el Estado.

La cuestión es suscitada por los artículos X.2 y XVII.2 AEAC, que no resuelven concluyentemente en qué medida puede considerarse derogado el Acuerdo de 1962, a pesar de que la práctica totalidad de sus contenidos, expresa o tácitamente, ha de conllevar la automática aplicación de las disposiciones derogatorias Primera y Tercera de la CE y las propias disposiciones derogatorias incluidas en los Acuerdos de 1979.

En el Convenio de 1962, la Disposición Final del Acuerdo de 1962 previó que cualquier duda sobre su interpretación o aplicación se resolvería aplicando el artículo XXXV del Concordato, esto es, inspirándose en los principios que informaban el de 1953. No vemos como podría conciliarse hoy esa posibilidad con los principios que presiden el ordenamiento jurídico español y, en cualquier caso, el artículo XXXV ha sido derogado expresamente por el artículo VIII del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos.

En segundo lugar, dado que a tenor del artículo X.1 AEAC, cualquier nuevo centro universitario que se establezca y los estudios que en ellos se cursen tendrán que acomodarse a la legislación estatal, no cabe sino considerar derogados, al menos: 1) el artículo 1, párrafo primero, donde el Estado acepta reconocer las universidades

creadas por la Iglesia arreglo al canon 1376<sup>45</sup>; 2) el artículo 2, párrafo primero, acerca del mecanismo legal a través del cual procedería el Estado al reconocimiento de esos centros y los estudios en ellos cursados<sup>46</sup>; 3) el artículo 4, párrafos segundo y tercero, al obligar a la Santa Sede a obtener el acuerdo previo estatal para la implantación de nuevos centros universitarios eclesiásticos, si en la misma provincia civil existen otros estatales análogos, y negar validez a títulos expedidos por centros ajenos al territorio del obispado al que pertenece la matriz; 4) cualquier remisión interna al cumplimiento de los requisitos fijados en el Convenio para el otorgamiento de especiales derechos a las Universidades Iglesia<sup>47</sup>; 5) cualquiera de las prerrogativas concedidas en 1962 al régimen franquista en relación a las universidades eclesiásticas.

Además de los anteriores supuestos, ha de considerarse contrario al ordenamiento jurídico español, lo dispuesto en el artículo 9, párrafo primero, donde requiere a las enseñanzas en los centros de la Iglesia conformidad con las *Leyes Fundamentales de la Nación*, que la Disposición Derogatoria Tercera de la CE abroga expresamente<sup>48</sup>. Por su lado, “la previa conformidad del Estado” del párrafo segundo resulta imposible de conciliar con la autonomía universitaria que garantiza el artículo 27.10 CE y actualmente contempla el artículo 2 de la LOU<sup>49</sup>. Y lo mismo vale para los dos últimos párrafos del artículo 5, apartado 7º, puesto que imponen la presencia de un representante del Estado con funciones de control y libertad absoluta de acceso a las actividades de enseñanza y académicas, en general.

Inconstitucional ha de considerarse, por último, el artículo 3, al imponer la denominación de “*Universidades de la Iglesia*” e impedir a la confesión utilizar la de “*Universidades católicas*”. Que este artículo carece de valor, lo ha entendido el Estado y lo ha debido entender igualmente la Iglesia, toda vez que ha pasado a utilizar la

<sup>45</sup> Previsión que, por otra parte, servía para dar eficacia al artículo XXXI del Concordato, hoy derogado expresamente por el artículo VIII AAJ.

<sup>46</sup> El artículo 2, párrafo primero, dice: “*El reconocimiento de cada una de estas Universidades para atribuirles efectos en la esfera del Estado Español tendrá que ser acordado individualmente por la Autoridad civil, la cual determinará por Decreto cuáles son las Facultades (y Secciones, en su caso) y las Escuelas Técnicas Superiores (y Especialidades, en su caso) de la Universidad eclesiástica a que se refiere, a las que se reconocen tales efectos*”. Hoy, la materia está regulada en los artículos 4 y concordantes de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, que remite a la ley ordinaria del Estado o la Comunidad Autónoma competente.

<sup>47</sup> Así ocurre con el artículo 1, párrafo segundo, al determinar que el Estado “...reconoce, asimismo, efectos civiles a los estudios en Facultades o Escuelas (...) con los requisitos que se expresan en el presente convenio”. O con el artículo 2, párrafo segundo, de conformidad con el cual los estatutos de las universidades de la Iglesia “...no podrán contener, para las Facultades y Escuelas cuyos estudios gocen de efectos civiles, normas contrarias a las establecidas en el presente convenio”. O la Disposición Adicional, cuando contempla (además del reconocimiento de los estudios cursados en Pamplona a su entrada en vigor) el reconocimiento ulterior de las Facultades y Escuelas Técnicas Superiores de Universidades de la Iglesia que cumplieran las condiciones en él estipuladas.

<sup>48</sup> Nada más opuesto a la actual regulación orgánica sobre universidades. Véanse, entre otros, los artículos 5, apartado primero, y 39 LOU.

<sup>49</sup> Para la regulación anterior, *vid.* el Título VIII de la LORU.

denominación “*universidad católica*” en las creadas desde finales de los noventa<sup>50</sup> o, incluso, se ha apropiado la nomenclatura comúnmente utilizada por las universidades públicas, litigando con éxito por defender su mejor derecho a hacer uso de la misma<sup>51</sup>.

En los últimos años, por fortuna, ha arrojado luz el Tribunal Constitucional sobre la oscura sombra que el Convenio procuraba a las universidades eclesiales sirviéndolas de coartada para exceptuarlas del régimen general de universidades privadas<sup>52</sup>. La STC concluye que “*el Acuerdo de 1979 [en] el artículo X se remite a lo que disponga la legislación aplicable en cuanto al modo de ejercer las actividades y en cuanto al reconocimiento de los estudios realizados en dichas universidades*”. Y aun cuando el legislador interno pudiera disponer de una cierta discrecionalidad para decidir y diferenciar a unas universidades privadas de otras, “*...la regulación de la exención de ley de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia católica desvirtúa en buena medida el procedimiento administrativo de autorización de comienzo de las actividades del ente universitario. Procedimiento administrativo que no sólo se sustancia a través de la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la propia Ley Orgánica y normas de desarrollo en la materia (singularmente el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios), sino de aquellos contenidos en la propia ley de reconocimiento (art. 4, apartados 4 y 5, LOU)*”. Sobre esa base, declara inconstitucional lo que había sido moneda común desde 1997, esto es la creación de universidades de la Iglesia sin contar con una ley de reconocimiento, excepción que

<sup>50</sup> *Vid., ad. es.*, el Decreto 105/1999, de 12 de mayo, de la Junta de Castilla y León (BOCYL del 19) de autorización de la *Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila* y el Decreto 32/1999, de 26 de mayo, del Gobierno de la Región de Murcia (BORM de 4 de junio) de autorización de la *Universidad Católica San Antonio*. En 1962, en cambio, el calificativo “*universidad católica*”, como es sabido, se reclamaba también para las públicas.

<sup>51</sup> Así, la que fuera “*Universidad de la Iglesia de Navarra*”, hoy incluye en sus Estatutos la denominación “*Universidad Católica de Navarra*” y para su actuación comercial se ha hecho con la marca “*Universidad de Navarra*” y la estatal de esa Comunidad Autónoma ha debido optar por la denominación “*Universidad Pública de Navarra*”, sin que pueda hacer uso tampoco de la denominación latina “*Universitas Navarrensis*” por haberla adquirido también para sí previamente aquélla. *Vid.* STSJ de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 julio 2001. La sentencia, a mi modo de ver, discurre por cauces poco menos que surrealistas, bajo la capa de un sobrio respeto a la formalidad de la normativa sobre marcas, como cuando señala que procede la denegación porque en otro caso se llegaría a “*...crear confusión en el mercado, induciendo a error a los potenciales consumidores de los productos o servicios (...), con la consiguiente lesión de los derecho del titular propietario en orden al prestigio, crédito y fama de los productos o servicios amparados por su marca y consiguiente merma del derecho a la obtención de beneficios económicos por su comercialización*”. No llega uno a explicarse, formalidad por formalidad, cómo el Tribunal olvidó aplicar el Convenio de 1962 o, alternativamente, dar razón de su inoperancia.

<sup>52</sup> Cuya oportunidad y forma de actuar ha sido, demasiado a menudo, puesta en duda. *Vid., ad. es.*, EL PAÍS, *Educación da carpetazo a la Universidad Católica de Alicante*, 3 de febrero de 2015; *ibid.*, *Retiradas por irregularidades 19 investigaciones del mismo científico, el récord en España*, 19 de octubre de 2019; *ibid.*, *Murcia mantiene un máster pese al informe contrario de Educación*, 4 de agosto de 2013.

terminaba por sancionar la Ley Orgánica de Universidades en su disposición adicional cuarta<sup>53</sup>.

Recaída esta sentencia, en definitiva, no cabe razonablemente considerar en vigor ni una sola de las disposiciones del Convenio.

### 3.4. Acuerdo sobre asuntos económicos

Como es sabido, en él se disponen las líneas maestras de la financiación directa e indirecta de la Iglesia católica. Característico de este Acuerdo, ya lo adelantamos, es que sus previsiones o bien han sido superadas por el Derecho común o especial unilateral estatal o bien han sido completamente desconocidas.

En cuanto a la financiación directa, el preámbulo comienza por afirmar que el Estado *no puede prolongar indefinidamente obligaciones jurídicas contraídas en el pasado* para luego proponer el artículo II como horizonte cercano la *autofinanciación*. En el interin, el Estado seguirá contribuyendo económicamente en favor de la confesión, un Derecho singular provisional, un Derecho transitorio que llevará a la sustitución de la dotación presupuestaria vigente al momento de la firma del AAE por un sistema apoyado en cuatro premisas<sup>54</sup>:

<sup>53</sup> La consideración no afecta a las universidades creadas siguiendo el procedimiento ahora declarado inconstitucional: “...*La modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme ... El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes*”. Todo ello en el Fundamento Jurídico núm.10 de la Sentencia 131/2013, de 5 de junio (BOE de 2 de julio).

<sup>54</sup> *Vid.*, sobre el carácter transitorio de la colaboración económica, FERNÁNDEZ - CORONADO GONZÁLEZ, A., *Estado y confesiones religiosas, un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992)*, Madrid, 1995, pp. 119-120; GONZÁLEZ ARMENDIA, J.R., *La autofinanciación de la Iglesia en el Acuerdo sobre Asuntos Económicos*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 45, 1988, núm. 123, pp. 581 y ss.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Los acuerdos y el principio de igualdad: comparación con los acuerdos con la Iglesia católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo, en Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1996, pp. 204-206; CORRAL SALVADOR, C., *De la dotación estatal a la Iglesia a la asignación tributaria para fines religiosos*, en CORRAL, C. (ed.), *La asignación tributaria para fines religiosos...*, *op. cit.*, pp. 123-129. PIÑERO CARRIÓN, J.M., *La dotación de la Iglesia por el Estado en los nuevos acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en *Ius canonicum*, vol. 19, núm. 37, 1979, p. 326; TORRES GUTIÉRREZ, A., *La asignación tributaria y la auto-financiación de las confesiones religiosas en España*, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 13, 2007.

- 1ª) El propósito de la Iglesia católica de lograr *por sí misma* los recursos suficientes para la atención de sus necesidades (artículo II. 5).
- 2ª) La provisoria atribución a la Iglesia de un porcentaje recaudado sobre la base *de uno de los impuestos de carácter personal* existentes en función de las elecciones de los contribuyentes (artículo II. 2)<sup>55</sup>, en el bien entendido de que ésta no ha de ser considerada cauce para la autofinanciación sino perentorio apoyo para la inmediata consecución del propósito anunciado<sup>56</sup>.
- 3ª) La garantía provisional de los ingresos entonces existentes, mediante el abono de la diferencia entre lo obtenido del IRPF y lo que venía percibiendo para el sostenimiento del culto y del clero con anterioridad (artículo II apartados 3 y 4).
- 4ª) El *absoluto respeto de la libertad religiosa* (artículo II. 1). Principio constitucional éste, que plenamente coherente con la primera de las premisas, pero sólo compatible con las otras dos si el auxilio financiero del Estado tiene carácter limitado en el tiempo pues, en otro caso, se trataría de una discriminación injustificada e irrazonable respecto de las demás confesiones y, por lo tanto, vetada por la Constitución.

Por tanto, la lectura del Acuerdo conduce a una conclusión sencilla y unívoca: colaboración económica transaccional dirigida a obtener más pronto que tarde la autofinanciación de la Iglesia católica<sup>57</sup>. Que el preámbulo hace descansar la financiación directa sobre la limitación temporal y que otra interpretación no es constitucionalmente admisible, son los argumentos esgrimidos por el TC hace ahora treinta años para denegar a una entidad evangélica cierta equiparación con la iglesia mayoritaria: “...*el término que se aporta como comparación (...) no es idóneo, por cuanto olvida y prescinde que, en materia económica, concurren una serie de circunstancias –no sólo fácticas sino jurídicas– en las relaciones históricas entre el Estado español y la Iglesia católica que, sin perjuicio de su progresiva adecuación al nuevo ordenamiento constitucional, no concurren evidentemente en el caso de la Comunidad Evangélica (...). Por ello mismo, en el preámbulo del Acuerdo tantas*

<sup>55</sup> Como indica FERNÁNDEZ – CORONADO, los términos del Acuerdo conllevan que sea al Estado a quien pertenezca la fijación del porcentaje, decidir cuál sea el impuesto afectado, el concepto tributario al que se afecte (base imponible, cuota, etc.) y, hasta en su caso, optar por un aumento de la presión fiscal: “...*puesto que en principio nada se opone al entendimiento del porcentaje como un tipo adicional a uno de los impuestos existentes, o bien a su concreción como porcentaje incluido en el conjunto global del impuesto al que se afecte. Únicamente se impide, como es notorio, la creación de un impuesto nuevo*”. Vid. *La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985, pp. 382-383

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J.M., *La economía de la Iglesia española: ¿miedo a la transparencia?*, en *Iglesia Viva*, núm. 228, octubre-diciembre, 2006, pp. 18 a 20; hace notar la misma idea de “autofinanciación” en BAREA TEJEIRO, J., *Asignación tributaria a la Iglesia y fines sociales*, en *Alfa y Omega*, núm. 259, 2001.

<sup>57</sup> En este sentido, véanse por todos CAZORLA PRIETO, L.Mª., *La asignación tributaria en favor de la Iglesia católica en el marco de las relaciones económicas entre el Estado español y la Santa Sede*, en *La asignación tributaria para fines religiosos*, Madrid, 1989, pp. 22–23, o FERNÁNDEZ - CORONADO GONZÁLEZ, A., *Estado y confesiones...*, op. cit., p. 31. Una síntesis de los argumentos en contra de la tesis que aquí sostenemos puede verse en PIÑERO CARRIÓN, *La dotación de la Iglesia por el Estado en los nuevos acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, *Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio, 1979, pp. 310-312.

*veces citado, se reconoce que ‘la revisión del sistema de aportación económica del Estado español a la Iglesia católica resulta de especial importancia al tratar de sustituir por nuevos Acuerdos el Concordato de 1953’ y que ‘el Estado no puede desconocer ni prolongar indefinidamente obligaciones jurídicas contraídas en el pasado’(...)*<sup>58</sup>.

En contra del Acuerdo y de la lectura hecha por el Tribunal Constitucional, el Estado y la Iglesia institucional se han empeñado en sostener y enmendar durante cuarenta años distintas versiones del régimen de asignación presupuestaria, primero, y de “*asignación tributaria*, después.

Y lo ha hecho actuando también en contra de los derechos de igual libertad de todos los ciudadanos. La opción entre “*Iglesia católica*” y “*finés de interés social*” no es en absoluto neutral: 1) la elección es directa y particular respecto de la confesión pero respecto de los fines sociales es indirecta y genérica, dependiendo de la mediación del Gobierno; 2) en un caso lo financiado es la creencia y la estructura que sostiene el culto católico, en otro, la ayuda es a la realización de actividades de contenido social dentro o fuera de España emprendida por organizaciones que tienen tales acciones “*como fines institucionales primordiales*”, sea cual sea su ideario o creencia<sup>59</sup>; 3) La Iglesia católica recibe los fondos y decide libérrimamente cuál será su destino dando cuenta en una memoria informal del mismo; las otras organizaciones, los reciben para la realización de específicos programas de cooperación y voluntariado sociales, públicamente fiscalizados<sup>60</sup>; 4) las organizaciones vinculadas ideológica o estatutariamente a la Iglesia católica pueden concurrir con las demás en la partida dedicada a “*fines sociales*” en condiciones formalmente iguales con el resto de grupos.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la actual asignación tributaria atenta contra el derecho a la igual libertad de conciencia. Y lo hace en una doble dirección.

*Ad extra*, porque, como bien se ve, sólo el culto y clero católico es financiado con cargo a unos presupuestos *generales* de los que se detrae el 0’7% de lo recaudado en el IRPF. Como dice MARTÍN – RETORTILLO: “*el respeto profundo de la libertad de pensamiento o de la libertad ideológica, implica que no se debe gravar a nadie forzándole a sufragar las opciones diferentes que otros sostengan (...). Porque una cosa es que al pagar los impuestos al Estado se aproveche para recaudar lo que los ciudadanos añadan de su bolsillo con destino a las diversas organizaciones y otra, bien distinta, no que paguen su cuota los fieles, sino que el Estado ceda a alguna o algunas organizaciones religiosas una parte de lo que obligatoriamente pagan todos*”<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Vid. Auto núm. 480/1989, de 2 de octubre, FJ 3º.

<sup>59</sup> Artículo 2 d) RD 195/1989, de 17 de febrero (BOE 25-II).

<sup>60</sup> Artículo 2 del RD 825/1988, de 15 de julio (BOE del 28) y artículo 3 del RD 195/1989.

<sup>61</sup> *Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación del Estado con las federaciones evangélica, judía y musulmana, en los diez años de su vigencia*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, diciembre, 2003, pp. 30–31. En el mismo sentido, AMÉRIGO CUERVO - ARANGO, F., *La financiación de las confesiones religiosas en el derecho español vigente*, Madrid, 2012, pp. 226 y 285.

Y *ad intra*, porque privilegio económico equivale a dependencia política. Y la financiación de la Iglesia constituye un verdadero “privilegio” otorgado por el Estado<sup>62</sup>. La cooperación a que se refiere el artículo 16.3 de la CE, no guarda relación con su labor social, que bien puede satisfacer dentro de los amplios procedimientos dispuestos por el Derecho común, ni exige financiar directamente fines confesionales pasando por encima de la laicidad, verdadero principio superior del ordenamiento jurídico<sup>63</sup>.

En cuanto a la financiación indirecta, son del todo redundantes frente al Derecho general estatal: 1) el artículo I AAE, cuando dice que la Iglesia “...*puede libremente recabar de sus fieles prestaciones, organizar colectas públicas y recibir limosnas y oblaciones*”, sólo incluye una parte de los derechos que forman parte del de asociación, sea ésta o no religiosa<sup>64</sup>; el Protocolo Adicional Tres, por su lado, acaso facilita al Estado un instrumento más de los ya contemplados en el Derecho tributario para hacer efectivas las deudas de las entidades eclesiásticas cuando le faculta a acudir a la Conferencia Episcopal Española para que inste a la que entidad de que se trate al pago de la deuda tributaria<sup>65</sup>; 2) el inciso final del artículo II, apartado 5º, al referir la eventualidad de que puedan tener lugar ulteriores acuerdos de colaboración financiera entre Estado e Iglesia; 3) el artículo V, cuando prevé que las asociaciones y entidades de carácter religioso tengan derecho al menos a los beneficios fiscales dispuestos para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas<sup>66</sup>, una opción que, por ser más beneficiosa que lo recogido en el artículo IV del Acuerdo, se aplica a la Santa Sede, la Conferencia Episcopal, las

<sup>62</sup> De nuevo, MIRET: “...*es difícil que el hombre corriente de la calle se percate del sistema paternalista inventado por el régimen político actual para seguir manteniendo sumisa a nuestra Iglesia, como se hacía en tiempo de Franco. Aparte de lo cual, comprendería también este ciudadano medio que, en último extremo y quiera o no quiera, de su bolsillo han de salir las ayudas que se prevén para la Iglesia católica del país*” y, añade: “*En cambio, en otros países como Estados Unidos, México y Francia, en los cuales la Iglesia católica es tan importante, son los fieles quienes la mantienen y por eso es ésta tan grandemente independiente de las presiones de sus Gobiernos. La Iglesia vive en ellos no solamente con independencia clara, sino también a un nivel razonable y a veces incluso boyante, como en USA*”. MIRET MAGDALENA, E., *Abajo los impuestos religiosos*, en *Revista Triunfo*, núm. 835, año XXXII, 20/01/1979, p. 25.

<sup>63</sup> Incluso en el ámbito de la financiación por la vía del Derecho común, ha de ponerse especial cautela pues: “*La garantía de la libertad de conciencia del usuario exige que la prestación del servicio se realice desde la más estricta neutralidad. Esta garantía sólo es posible si las subvenciones o los conciertos establecen cláusulas que recojan la neutralidad en la prestación del servicio como requisito para su concesión*” CASTRO JOVER, A., *La participación de las confesiones religiosas en el tercer sector estatal y autonómico*, en *Derecho y religión*, vol. XIV. 2019, p. 35.

<sup>64</sup> *Vid.* artículo 7, apartado segundo, y 22, letra b), LO 2/2002 y, ya en relación a las organizaciones religiosas, el artículo 6 de la LOLR.

<sup>65</sup> En el Protocolo Adicional Tres, el reconocimiento de la facultad a que nos referimos viene precedido de una taxativa afirmación: “...*sin perjuicio de la facultad de ejecución que en todo caso le corresponde [al Estado]*”.

<sup>66</sup> *Vid.*, sobre los beneficios fiscales aplicables, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, *de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de incentivos fiscales al mecenazgo* (BOE de 24 de diciembre).

circunscripciones territoriales de la Iglesia, las órdenes, congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada, sus provincias y sus casas<sup>67</sup>.

No tenemos aquí espacio para referirnos a algunos supuestos de financiación indirecta contemplados en el Acuerdo que han dado pie a importantes polémicas, a veces no por la letra del Acuerdo sino porque las especialidades y singularidades previstas en el AAE han sido amplificadas a lo largo y ancho de la normativa unilateral, consolidando un estatuto particularmente privilegiado para las entidades, personas y bienes eclesiásticos, difícilmente justificable desde la óptica del principio de laicidad.

Esto es lo que ha sucedido a lo largo de los años con el Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras; la no sujeción a los impuestos sobre la renta, el gasto o consumo; la posición frente a los impuestos, contribuciones y tasas locales de lugares de residencia de ministros de culto y religiosos, centros de formación, huertos y jardines anejos a los inmuebles a que se refiere el artículo IV.1.A); la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de los bienes o derechos adquiridos con destino a la sustentación del clero<sup>68</sup> o la insólita regulación de los supuestos de no sujeción y exención del Impuesto sobre el Valor

---

<sup>67</sup> *Vid.*, sobre este extremo, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Los acuerdos y el principio de igualdad...*, *op. cit.*, p. 194, LEJEUNE VALCÁRCEL, E., *Aspectos fiscales en los nuevos Acuerdos*, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37, pp. 328 - 338, espec., pp. 337 - 338.

<sup>68</sup> Véanse Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo; Acuerdo de 10 de octubre de 1980 acerca de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades a las Entidades eclesiásticas elaborado por la Comisión Técnica Iglesia-Estado Español; Orden de 29 de julio de 1983 por la que se aclaran dudas surgidas en la aplicación de ciertos conceptos tributarios a las Entidades comprendidas en los artículos IV y V del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979; Orden de 24 de septiembre de 1985 por la que se aclara el alcance por Contribución Territorial Urbana de las exenciones establecidas en el artículo IV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979; Orden de 5 de junio de 2001 por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en la letra B) del apartado 1 del artículo IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos. Sobre los problemas que plantean todos ellos y, particularmente, los dos que han dado lugar a un mayor desarrollo jurisprudencial, véase TORRES GUTIÉRREZ, A., *Régimen fiscal de las confesiones religiosas en el I.B.I.*, en CEBRIÁ GARCÍA, M<sup>a</sup>.D. (coord.) y ÁLVAREZ ARROYO, F. (dir.), *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*, 2017, pp. 253-285 y *Las exenciones en el ICIO de la Iglesia Católica y su posible incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado, a raíz de la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2017*, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 21, 2017.

Añadido, clausurada por Canje de Notas de 22 de diciembre de 2006 entre el Estado Español y la Santa Sede<sup>69</sup>.

Baste recordar, para concluir este apartado, que la exención o no sujeción a impuestos de las actividades o bienes afectados a fines religiosos no forma parte del contenido esencial del derecho de libertad religiosa<sup>70</sup>. Ahora bien, el derecho a la igual libertad de conciencia (artículos 14 y 16 CE) y el deber correlativo de promoción por parte de los poderes públicos (artículo 9 CE), comporta que las actividades y bienes de carácter religioso no resulten gravadas en mayor medida que el resto de actividades y bienes vinculados a otros fines ideológicos, al menos hasta donde lo permita la laicidad del Estado<sup>71</sup>. Lo puesto en valor por el ordenamiento democrático es la igual libertad de todas las creencias<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> El Canje se concreta en la Orden EHA/3958/2006, de 28 de diciembre, por la que se establecen el alcance y los efectos temporales de la supresión de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido y al Impuesto General Indirecto Canario (BOE del 29).

<sup>70</sup> Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D, *Libertad de conciencia...*, t. II, op. cit., p. 494. Al respecto, BLANCO recuerda la amplia unanimidad entre la doctrina española acerca de que tampoco se deduce la obligación de contribuir económicamente a favor de las confesiones del artículo 16.3, si bien, a su juicio, ésta contribución podría fundarse en otras razones; BLANCO FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>., *La financiación de las confesiones religiosas en el Derecho español: régimen vigente y perspectivas de futuro*, en *RGDCDEE. La reforma del sistema de cooperación económica del Estado español con la Iglesia católica*, núm. 13, febrero 2007, *iustel.com*, p. 2.

<sup>71</sup> Así lo apunta el razonamiento utilizado por el ATC 480/1989 para denegar la extensión a un grupo evangélico de los beneficios fiscales atribuidos a la Iglesia en el AAE; según el Auto: “*si bien es cierto que en la actualidad, dados los términos del artículo 7.2 de la LO 7/1980, y de la vigente normativa tributaria, aun cuando mediara Acuerdo o Convenio entre la Comunidad (...) y el Estado español –lo que no sucede– la entidad ahora recurrente no necesariamente llegaría a gozar del beneficio fiscal concreto que le ha sido denegado y del que, sin embargo, gozan determinados –no todos– institutos de la Iglesia Católica, no menos lo es que tal circunstancia, de estimarse discriminatoria, abocaría, en todo caso, a la inconstitucionalidad del Acuerdo con la Iglesia católica de 1979 y no al reconocimiento del beneficio a la recurrente (...)*”, Vid. FJ 2º.

<sup>72</sup> Sobre la justificación del trato fiscal a las confesiones, véase, en este mismo sentido, FERNÁNDEZ - CORONADO, A., *Estado y confesiones religiosas...*, op. cit., p. 32, o SOUTO PAZ, J.A., *Derecho de la libertad de ideas y creencias...*, 1993, p. 73. Desde el entendimiento, en cambio, de la religión católica como valor en sí mismo merecedor de protección, vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Configuración al presente y de futuro del sistema de dotación de la Iglesia, en La asignación tributaria para fines religiosos*, op. cit., pp. 43-44 y 55-59; ARZA ARTEAGA, A., *Principios y sentido del Acuerdo sobre Asuntos Económicos*, en CORRAL, C., y ECHEVERRÍA, L. (coords.), *Los Acuerdos entre la Iglesia y España*, Madrid, 1980, pp. 602-603; MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., *Sistema español de dotación estatal a la Iglesia*, en CARVAJAL, J., y CORRAL, C. (coords.), *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Madrid, 1980, p. 70; GARCÍA HERVÁS, D., *El actual sistema de financiación directa de la Iglesia católica en España*, en *Il diritto ecclesiastico*, núms. 3-4, 1994, pp. 834-838. Más próximo a lo que proponemos, MARTÍN FERNÁNDEZ, J., *Marco legal general y su aplicación a las*

## 5. Conclusiones finales

No voy a insistir en las conclusiones que al hilo de cada instrumento jurídico han ido ofreciéndose a lo largo del análisis anterior. Me limitaré ahora a enunciar unas consideraciones finales a las que, a mi entender, conduce cuanto precedentemente fue expuesto.

Con carácter general, este estudio nos lleva a considerar que la inmensa mayoría de las normas concordadas carecen de valor, desde el punto de vista del desarrollo del derecho de libertad religiosa, por cuanto remiten expresa o tácitamente al Derecho común o son meramente instrumentales. Otras más, requieren una interpretación que permita considerarlas inocuas en orden a facilitar su perdurabilidad formal. El resto, siendo especiales o singulares, en demasiadas ocasiones constituyen o bien una limitación injustificable del derecho de libertad de conciencia de los fieles o bien un injustificable privilegio hacia éstos o hacia el culto y el clero católicos.

Si de lo que se trata es de promocionar el derecho de libertad religiosa, es un balance extraordinariamente pobre el que arrojan.

Y me parece que se debe a que los Acuerdos son un instrumento para la regulación de las relaciones entre dos instituciones que no tienen nada que negociar en cuanto tales, porque no se hallan en absoluto en un mismo plano. Las confesiones se deben a su mundo de valores y el Estado democrático social y de Derecho, al suyo: libertad, igualdad, neutralidad, pluralismo; el Estado representa a todos los ciudadanos, las confesiones, en general, y la católica en particular, no pueden representar tan siquiera a sus fieles, pues la representatividad, en sentido democrático, no está en su naturaleza; el Estado no puede adoptar decisiones basándose en creencias particulares, la confesión negocia para defender y promocionar su dogmática especificidad.

El Estado, en el cumplimiento de la obligación constitucional de construirse sobre el más efectivo desarrollo de la dignidad personal y de los derechos y libertades individuales, viene obligado a estar atento a qué requieren aquélla y éstos; sin duda, para realizar el objetivo previsto por su ordenamiento jurídico, ha de escuchar y comprender, llevado por las mentes que mejor puedan esclarecer los requerimientos de la idea religiosa y su mejor incorporación o acomodo a la vida social, económica y política.

Puede ser que quien esté en mejor condición de ofrecerle tal información sea la misma institución religiosa pero, incluso en ese caso, aquél requerimiento habrá de ser integrado jurídicamente conforme a procedimientos estrictamente unilaterales. Pactar con una confesión el régimen de la libertad religiosa, para un país democrático, significa una intolerable cesión de soberanía.

El paso de estos cuarenta años, en definitiva, demuestra que lo más congruente con un modelo de Estado laico es que no existan este tipo de acuerdos.

---

*confesiones religiosas*, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M<sup>a</sup>, e IBÁN, I.C. (coords.) *Fiscalidad de las confesiones religiosas en España*, Madrid, 2002, pp. 111–114.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALBERCA DE CASTRO, J.A., Régimen jurídico del ministro de culto en España y Francia. Estudio sistemático y textos normativos, Editorial Comares, Granada 1999.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, Configuración al presente y de futuro del sistema de dotación de la Iglesia, en La asignación tributaria para fines religiosos. Madrid, 1989.
- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, F., La financiación de las confesiones religiosas en el derecho español vigente, Madrid, 2012.
- ARZA ARTEAGA, A., Principios y sentido del Acuerdo sobre Asuntos Económicos, en CORRAL, C., y ECHEVERRÍA, L. (coords.), Los Acuerdos entre la Iglesia y España, Madrid, 1980.
- BARBIER, La Laïcité, París, 1995.
- BAREA TEJEIRO, J., Asignación tributaria a la Iglesia y fines sociales, en Alfa y Omega, núm. 259, 2001.
- BENEYTO BERENGUER, R., El futuro de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede (según los programas de los partidos políticos a las elecciones generales del 2015), en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado núm. 41, mayo de 2016.
- CASTRO JOVER, A., La libertad de conciencia en el empleo público, en Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, núm. 6, 2006.
- CAZORLA PRIETO, L.Mª., La asignación tributaria en favor de la Iglesia católica en el marco de las relaciones económicas entre el Estado español y la Santa Sede, en La asignación tributaria para fines religiosos, Madrid, 1989.
- CIÁURRIZ, Mª. J., La libertad de conciencia del Rey en la Constitución, en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte, t. I, Castellón, 1999.
- CONTRERAS MAZARÍO, J.Mª., La asistencia espiritual en el derecho canónico y concordado: el ordinariato castrense en España, Madrid, 2001.
- CORRAL SALVADOR, C., De la dotación estatal a la Iglesia a la asignación tributaria para fines religiosos, en CORRAL, C. (ed.), La asignación tributaria para fines religiosos. VI Jornadas de Estudio, organizadas por la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas, los días 24 y 25 de mayo de 1988 en Madrid, Madrid, 1989.
- CUBILLAS RECIO, L.M., Enseñanza confesional y cultura religiosa: estudio jurisprudencial, Valladolid, 1997.
- CUBILLAS RECIO, L.M., La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos, en Laicidad y libertades: escritos jurídicos, nº. 2, 2002.
- CUBILLAS RECIO, L.M., Los acuerdos de cooperación y las demás técnicas de conexión interordenamientos, en Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común. Actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre Libertad religiosa, celebrado en León los días 22 y 23 de octubre de 2009, León, 2010.
- ECHEVERRÍA, L. de, La recíproca renuncia de la Iglesia y del Estado de los privilegios del fuero y de presentación de obispos, en Estudios Eclesiásticos, núm. 201, 1977.

- FELICIANI, G., Les nominations épiscopales entre liberté de l'Église et intervention de l'État: La 'prénotification officieuse', en *Revue de Droit Canonique*, vol. 46/2, "L'organisation de l'Islam; La liberté religieuse", 1996.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas, en *Revista de Administración Pública*, núm. 108, 1985.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., Estado y confesiones religiosas, un nuevo modelo de relación (los pactos con las confesiones: Leyes 24, 25 y 26 de 1992), Madrid, 1995.
- FERREIRO GALGUERA, J., Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos, Madrid, 1996.
- FERREIRO GALGUERA, J., Sistema de elección del profesorado de religión católica en la escuela pública: dudas de constitucionalidad sobre sus cimientos normativos (STC 38/2007), en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 14, mayo 2007.
- GARCÍA HERVÁS, D., El actual sistema de financiación directa de la Iglesia católica en España, en *Il diritto ecclesiastico*, núms. 3-4, 1994.
- GARCÍA RUÍZ, Y., y REDONDO ANDRÉS, M., La eficacia civil del matrimonio canónico en Italia y España, en *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999.
- GARCIMARTÍN MONTERO, M<sup>a</sup>.C., Los Acuerdos entre España y la Santa Sede: cuarenta años de vigencia, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 49, enero de 2019.
- GONZÁLEZ ARMENDIA, J.R., La autofinanciación de la Iglesia en el Acuerdo sobre Asuntos Económicos, en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 45, 1988, núm. 123.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M<sup>a</sup>., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, 1997.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, M<sup>a</sup>.J., Reflexiones sobre el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos hijos y la enseñanza de la religión en los centros públicos, en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 14, mayo 2007.
- HERA, A. de la, El Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 28 de julio de 1976.
- IBÁN, I.C., Transición política y relaciones concordatarias en España, en VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, J.M. (ed.), *Los concordatos: Pasado y futuro. Actas del Simposio Internacional de Derecho Concordatario*. Almería, 12-14 de noviembre de 2003, Granada, 2004.
- JIMÉNEZ LOZANO, J., Cinco años de convivencia: Iglesia y Democracia, en *Revista Tiempo de Historia*, núm. 72, Año VI (1980).
- JORDÁN VILLACAMPA, M<sup>a</sup>.L., Reflexiones sobre matrimonio concordatario e inscripción en el registro civil. Pérdida de la pensión de viudedad, en *Ius canonicum*, vol. 39, N<sup>o</sup> Extra 1, 1999 (Ejemplar dedicado a: Escritos en honor de Javier Hervada).
- JORDÁN VILLACAMPA, M<sup>a</sup>.L., El obispo de la Seo de Urgel: Jefe de Estado, en *Territorialità e personalità nel diritto canonico ed ecclesiastico: il diritto canonico di fronte al terzo millenio: atti dell'XI Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, 2002.
- LAFUENTE BALLE, J.M<sup>a</sup>., *El Rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Madrid, 1987.

- LEJEUNE VALCÁRCEL, E., Aspectos fiscales en los nuevos Acuerdos, en Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, *Ius Canonicum*, vol. XIX, núm. 37.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>.C., Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Madrid, 1999.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>.C., Derecho a la información: Libertad de información y de expresión, en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Derecho de la Libertad de Conciencia, t. II, Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación, Madrid, 1999.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Los acuerdos y el principio de igualdad: comparación con los acuerdos con la Iglesia católica y situación jurídica de las confesiones sin acuerdo, en VV.AA., Acuerdos del Estado español con las confesiones religiosas minoritarias. Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Madrid, 1996.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Libertad de conciencia y matrimonio, en Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los Países de la Unión Europea y el Derecho comparado. Actas del IX Congreso internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Bilbao, 2001.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Educación para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión, en Laicidad y libertades. Escritos jurídicos, núm. 6, 2006.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Libertad religiosa y Derecho común en el ordenamiento español: Presupuestos conceptuales, en Constitución, leyes de libertad religiosa, acuerdos, derecho común. Actas del I Congreso Internacional Hispano-Portugués sobre Libertad religiosa, celebrado en León los días 22 y 23 de octubre de 2009, León, 2010.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup>.C., Derecho de la libertad de conciencia (dos tomos), Madrid, 2011.
- MANTECÓN, J., España: ¿y si se denunciaran los acuerdos con la santa sede? en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm.39, octubre de 2015.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J., Marco legal general y su aplicación a las confesiones religiosas, en GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M<sup>a</sup>, e IBÁN, I.C. (coords.) Fiscalidad de las confesiones religiosas en España, Madrid, 2002.
- MARTÍN RETORTILLO, L., Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación del Estado con las federaciones evangélica, judía y musulmana, en los diez años de su vigencia, en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 23, diciembre, 2003.
- MESSNER, F., La procédure de nomination d'un évêque auxiliaire en droit local alsacien – mossellan, en L'année canonique, vol. XLIII, 2001.
- MIRET MAGDALENA, E., Abajo los concordatos, en Revista Triunfo, Número: 706, año XXXI, 7/8/1976.
- MIRET MAGDALENA, E., Abajo los impuestos religiosos, en Revista Triunfo, núm. 835, año XXXII, 20/01/1979.
- MIRET MAGDALENA, E., La Iglesia franquista, en Revista Tiempo de Historia, núm. 62, Año: VI (1980).
- MORENO BOTELLA, G. Autonomía la Iglesia, profesorado de religión y constitucionalidad del acuerdo sobre enseñanza de 3 de enero de 1979. a propósito de la STC 38/2007 de 15 de febrero, en Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, núm. 14, mayo 2007.

- MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y Servicio Militar de clérigos y religiosos de 3 de enero de 1979, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, Ius Canonicum, vol. XIX, núm. 37, enero-junio, 1979.
- MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., Sistema español de dotación estatal a la Iglesia, en CARVAJAL, J., y CORRAL, C. (coords.), *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, Madrid, 1980.
- ORTEGA, J.L., Los medios de comunicación social, en VV.AA. *Acuerdos Iglesia – Estado español en el último decenio. Su desarrollo*, Madrid, 1987.
- PARDO PRIETO, P.C., *Libertad de conciencia y sistema concordatario histórico español*, León, 2004.
- PARDO PRIETO, P.C., *Laicidad y acuerdos del Estado con confesiones religiosas*, Valencia, 2008.
- PARDO PRIETO, P.C., *Acuerdos confesionales versus laicidad. Nuevas tendencias, viejas tendencias: Últimos acuerdos de países europeos*, en SUÁREZ PERTIERRA, G. (y otros, Coords.), *Libertad de conciencia, laicidad y Derecho. Liber discipulorum en homenaje al Prof. Dr. Dionisio Llamazares Fernández*, Madrid, 2014.
- PIÑERO CARRIÓN, J.M., La dotación de la Iglesia por el Estado en los nuevos acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, en *Ius canonicum*, vol. 19, núm. 37, 1979.
- REINA BERNÁLDEZ, V., El sistema matrimonial español, en *Los Acuerdos concordatarios españoles y la revisión del Concordato italiano. Actas del simposio celebrado en Barcelona los días 29 de febrero y 1 de marzo de 1980*, Barcelona, 1980.
- ROCA, M<sup>a</sup>.J., *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias*, Sevilla, 2005.
- ROSELL GRANADOS, J., *Confesiones religiosas y medios de comunicación*, Cáceres, 2001.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J.M., La economía de la Iglesia española: ¿miedo a la transparencia?, en *Iglesia Viva*, núm. 228, octubre–diciembre, 2006.
- SORIA, C., Los Acuerdos Iglesia – Estado en materia de información, en *Los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, Ius Canonicum, vol. XIX, núm. 37.
- SOUTO PAZ, J.A., *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, Madrid, 1999.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español*, Vitoria, 1978.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., El fenómeno religioso en la nueva Constitución española bases de su tratamiento jurídico, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, 1980.
- SUÁREZ PERTIERRA, G., La enseñanza de la educación en el sistema educativo español, en *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 4, 2004.
- TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005.
- TORRES GUTIÉRREZ, A., La asignación tributaria y la auto-financiación de las confesiones religiosas en España, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 13, 2007.

- TORRES GUTIÉRREZ, A., Régimen fiscal de las confesiones religiosas en el I.B.I., en CEBRIÁ GARCÍA, M<sup>a</sup>.D. (coord.) y ÁLVAREZ ARROYO, F. (dir.), *Haciendas locales y patrimonio histórico y cultural*, 2017.
- TORRES GUTIÉRREZ, A., Las exenciones en el ICIO de la Iglesia Católica y su posible incompatibilidad con la normativa europea sobre ayudas de Estado, a raíz de la Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2017, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 21, 2017.



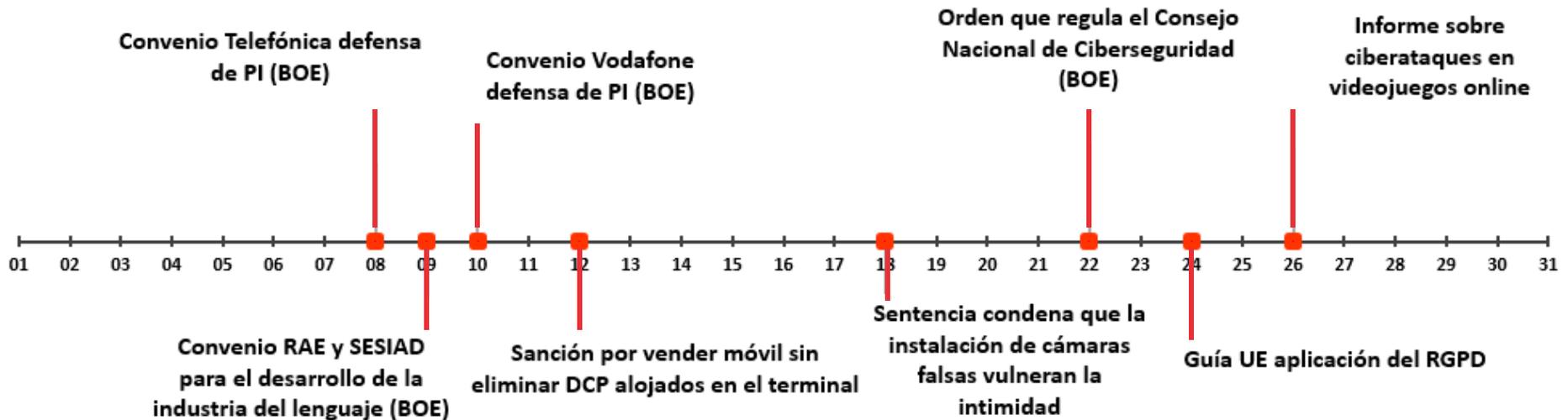
B) COMENTARIOS DE  
JURISPRUDENCIA Y  
LEGISLATIVOS



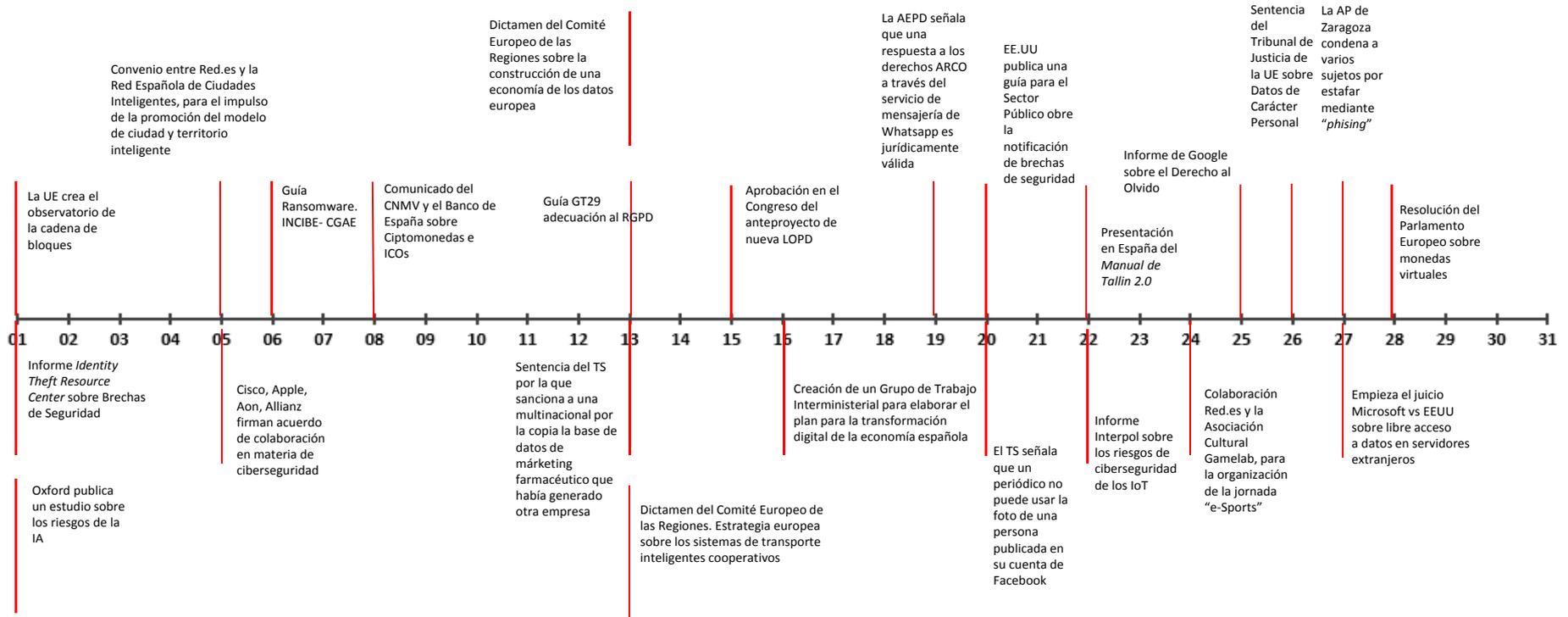
# Cuaderno de Bitácora de CiberDerecho

FRANCISCO PÉREZ BES  
Of Counsel. Coordinador del área de Derecho y Economía  
Digital Gómez-Acebo&Pombo

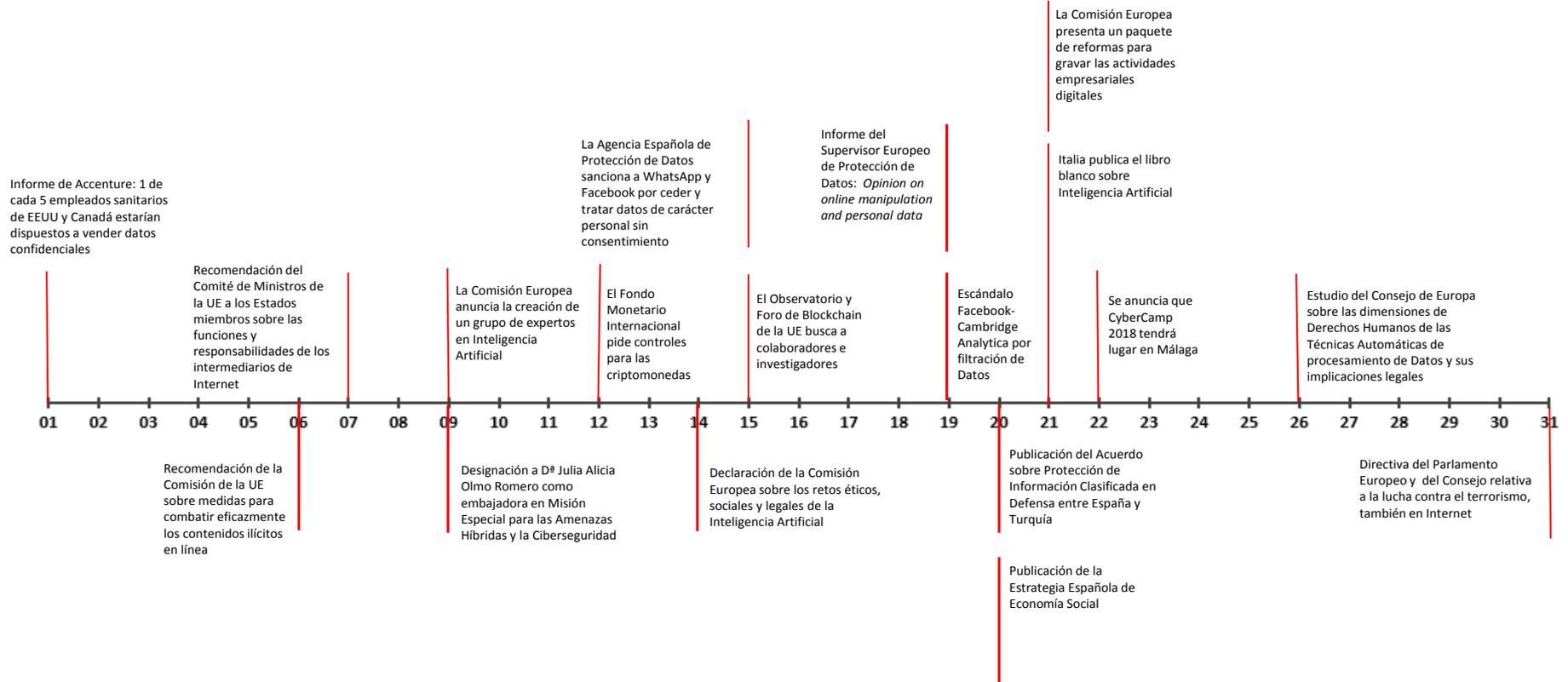
## Bitácora de CiberDerecho (enero 2018)



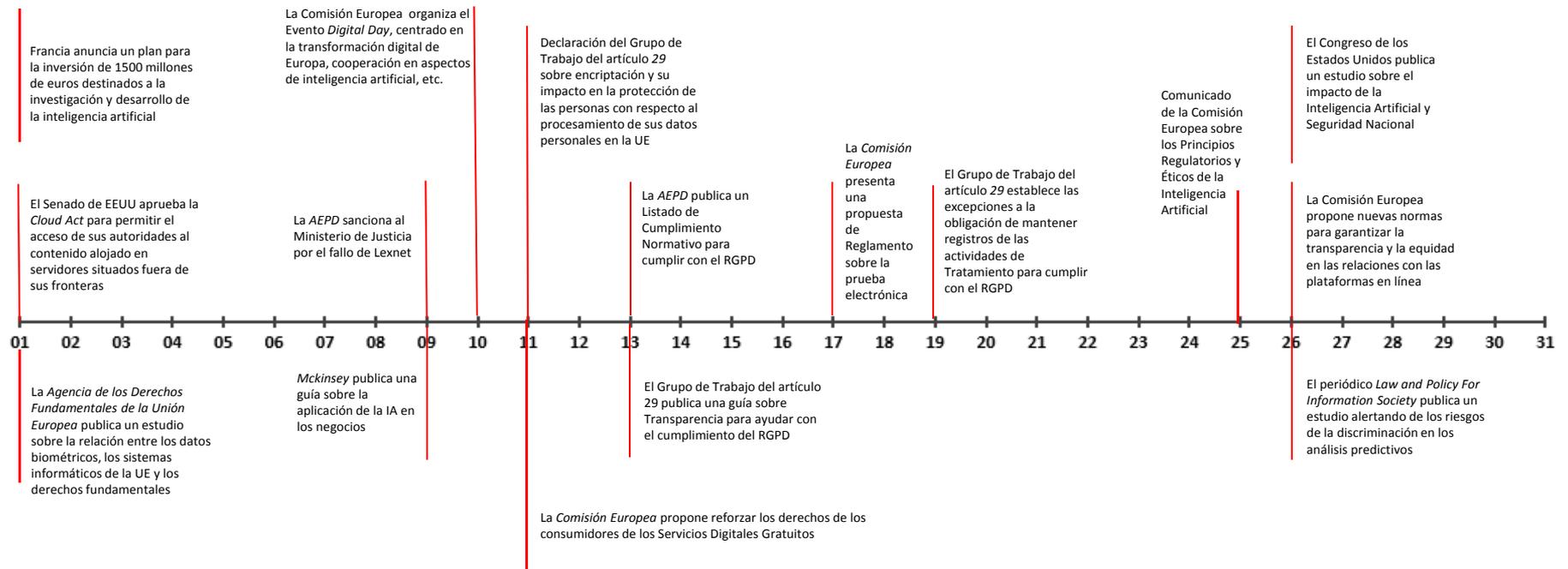
## Bitácora de CiberDerecho (febrero 2018)



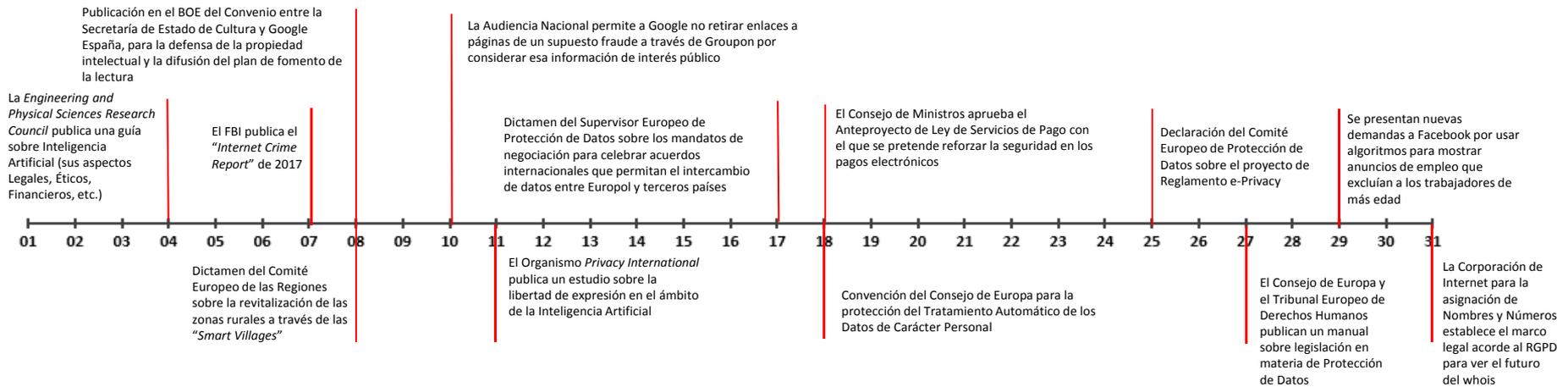
## Bitácora de CiberDerecho (marzo 2018)



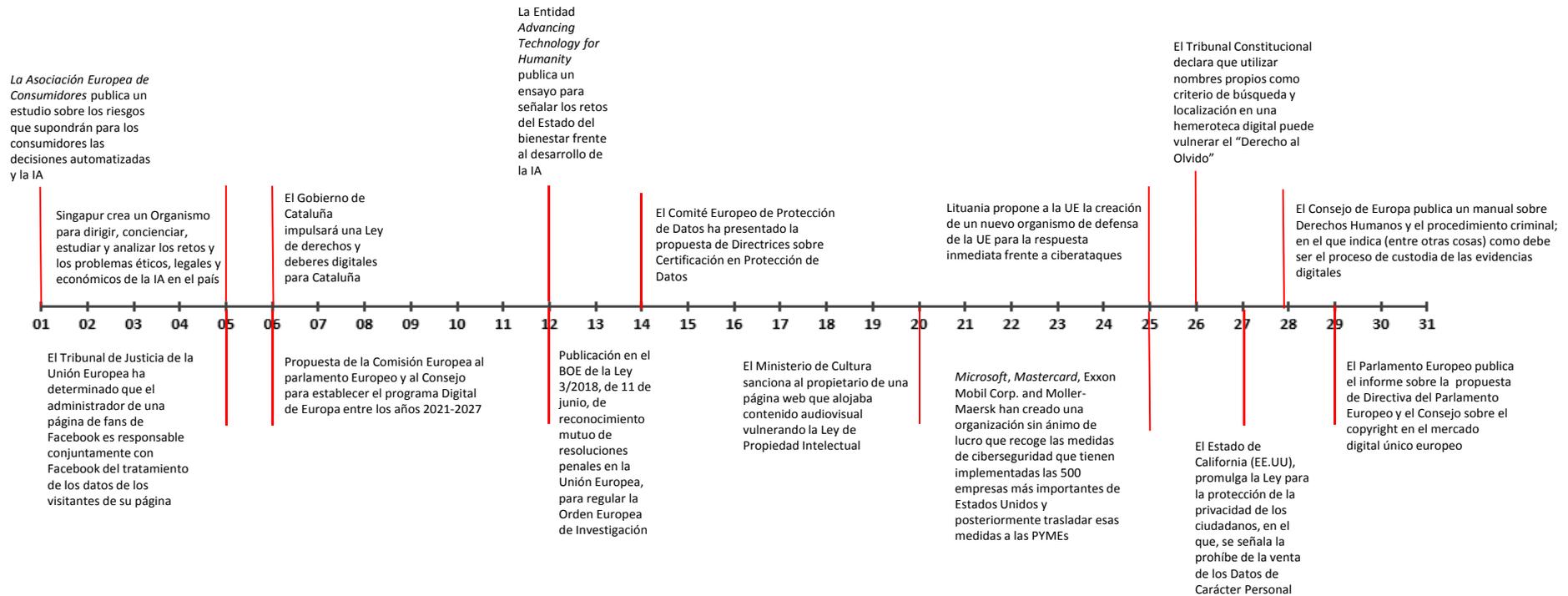
## Bitácora de CiberDerecho (abril 2018)



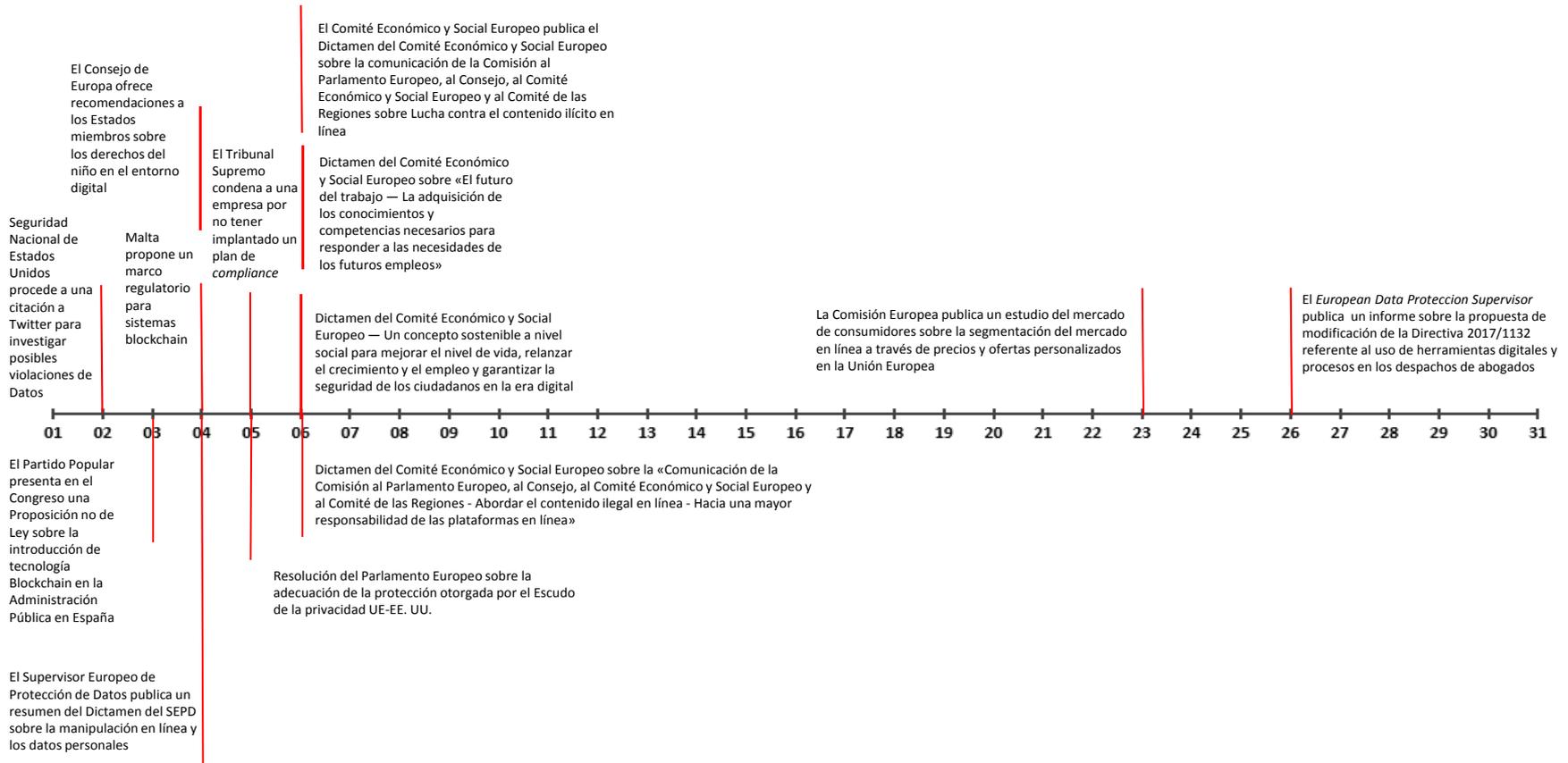
## Bitácora de CiberDerecho (mayo 2018)



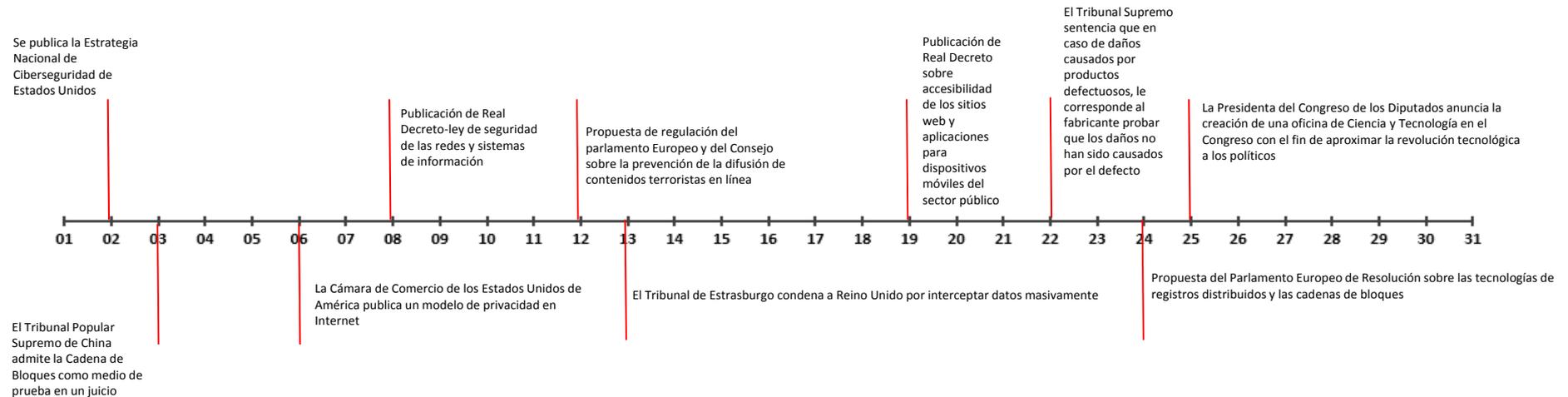
## Bitácora de CiberDerecho (junio 2018)



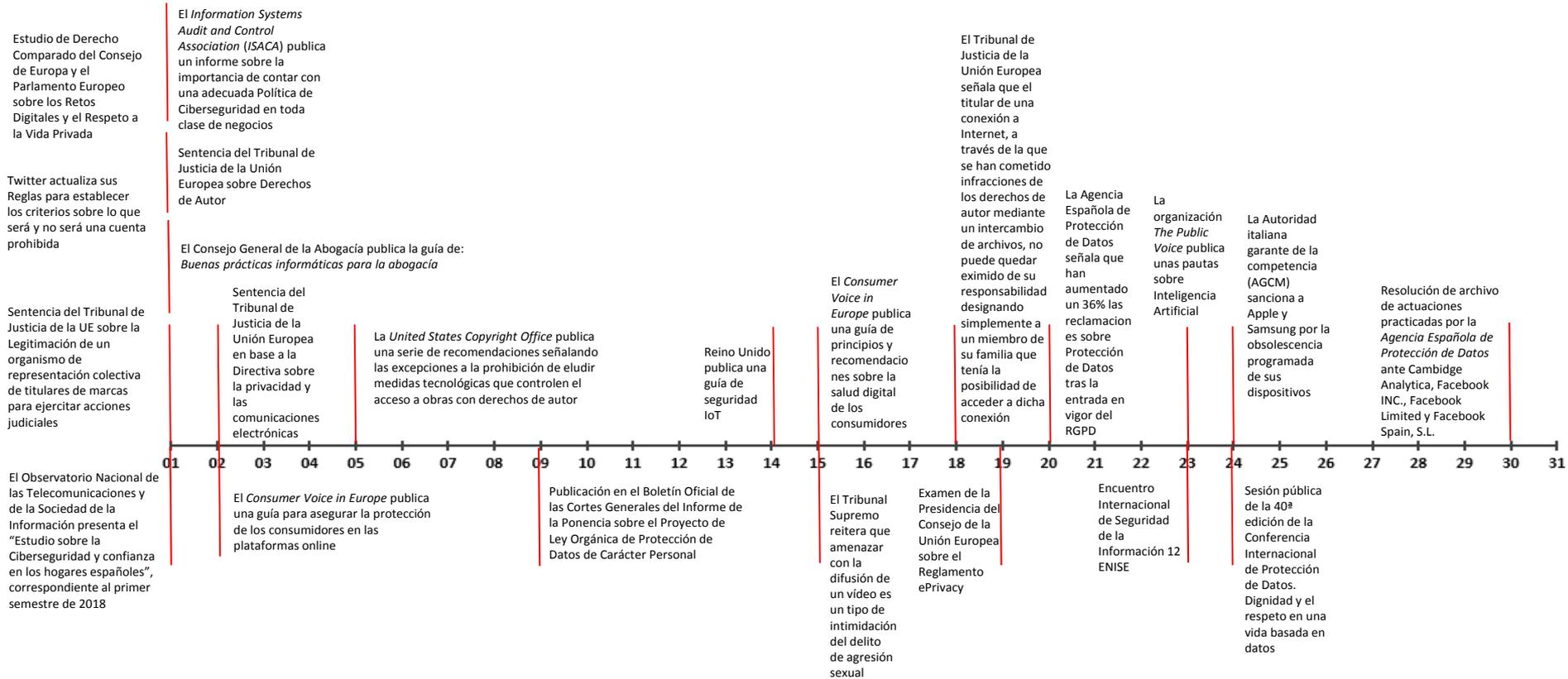
## Bitácora de CiberDerecho (julio 2018)



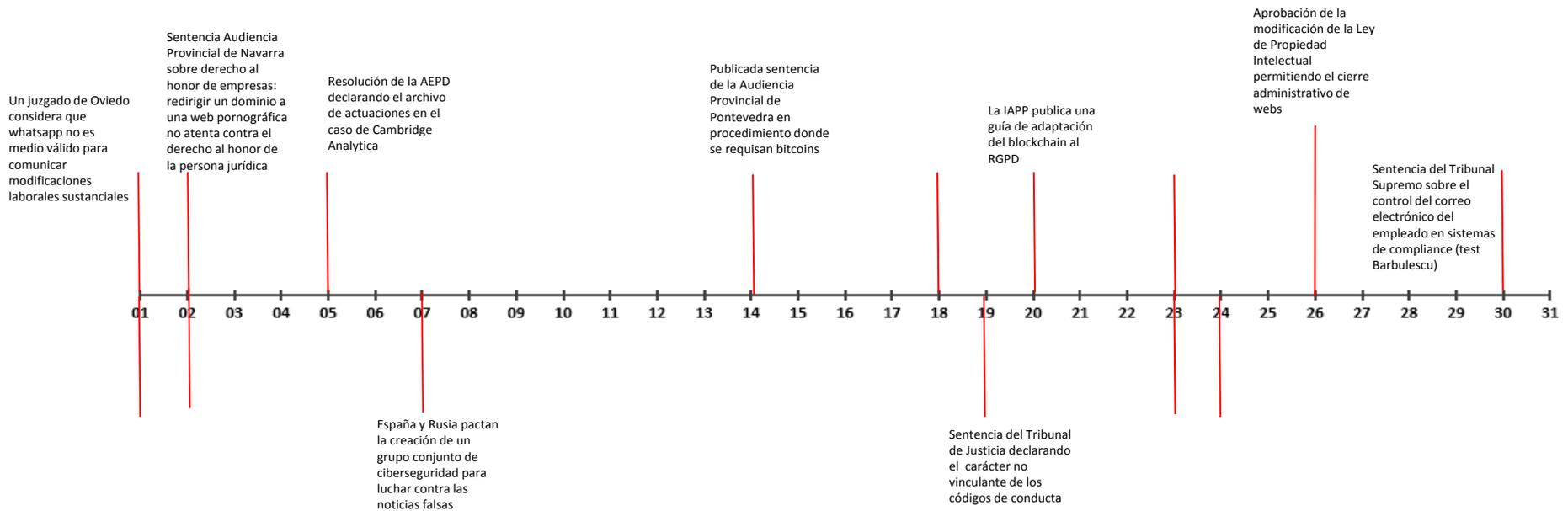
## Bitácora de CiberDerecho (septiembre 2018)



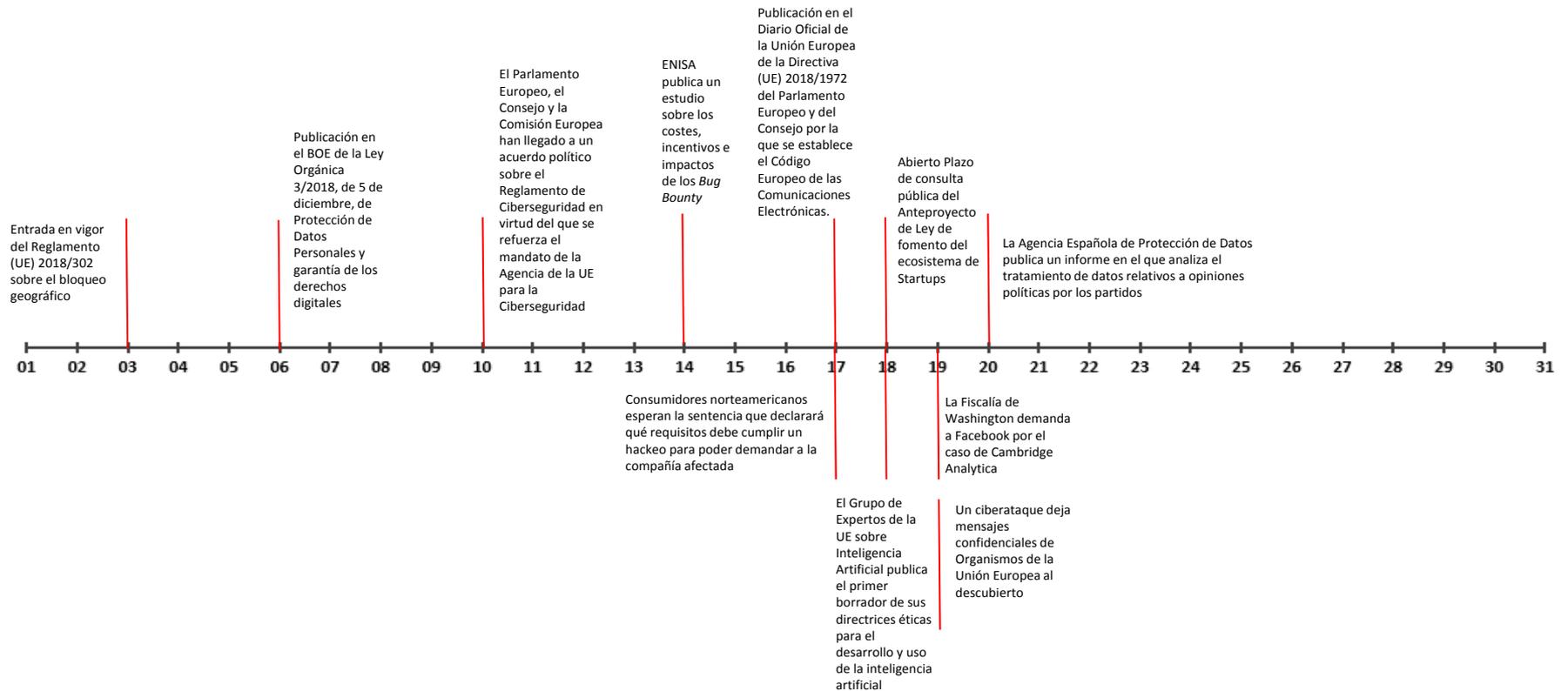
## Bitácora de CiberDerecho (octubre 2018)



## Bitácora de CiberDerecho (noviembre 2018)



## Bitácora de CiberDerecho (diciembre 2018)





C) RECENSIONES DE  
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA



## **DERECHOS LABORALES DIGITALES: GARANTÍAS E INTERROGANTES**

Susana Rodríguez Escanciano

Cizu Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2019, 291 págs.

ISBN: 978-84-1308-080-2

**Diego Megino Fernández**

dmegino@ubu.es

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Burgos

Como en cada una de las ocasiones precedentes en las que he tenido el gusto de reseñar un estudio de la profesora Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática en el área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, no puedo sino comenzar esta reseña con, primero, un elogio a la autora, que de nuevo nos brinda un texto de enorme calado y, segundo, una decidida invitación al lector para que no deje pasar la oportunidad de consultar esta obra.

Ahora, el tema abordado, otra vez de una indiscutible pertinencia, es el de los derechos laborales de naturaleza digital, en concreto, los vinculados a la «hiperdatificación» de los entornos productivos.

Los avances tecnológicos, qué duda cabe, han enraizado en el medio laboral. Pero no lo han hecho de manera pacífica. Por el contrario, las continuas innovaciones, lejos de resultar inocuas, han traído consigo problemáticas específicas de envergadura. Una de ellas, la surgida de la facilidad con la que cabe acceder a una ingente cantidad de datos e informaciones, personales y profesionales, de los individuos, factor este que, con mayor frecuencia de la deseada y asumible, acarrea la laceración de algunas de las garantías básicas de la mano de obra.

Ya lo pone de relieve la autora en una de las primeras páginas del texto gracias a esta elocuente reflexión: «las nuevas tecnologías no solamente provocan un abaratamiento del coste de acceso a la información, sino que también conllevan una rebaja sin precedentes en el precio del procesamiento [...] lo cual redundará, a su vez, en un abaratamiento sustancial en la gestión de los recursos humanos aun a riesgo de agredir derechos fundamentales de los trabajadores».

A tenor de lo expuesto, la obra presentada no puede resultar más oportuna y, por qué no decirlo, necesaria. De ahí ese esfuerzo por examinar en el estudio, con la profundidad requerida, los múltiples interrogantes manifestados, desglosados con tino en un proyecto ambicioso en su planteamiento, pero sumamente satisfactorio en el resultado final.

Desde luego, no serán estas breves líneas, mero bosquejo del brillante tratado recensionado, las que sirvan como aval a tales efectos. De ello ya se encargan la indiscutible capacidad y la encomiable trayectoria de quien lo firma, cuya valía para el análisis global y la reflexión profunda y crítica sobre las instituciones jurídico-laborales es de sobra conocida. Sus trabajos, y no será este una excepción, cuentan siempre con la misma carta de presentación, a saber, el buen hacer, el ahínco y la meticulosidad de la autora. De hecho, aun cuando el reto se antoje tortuoso, asume y supera con éxito el desafío, ofreciendo un texto sobresaliente, que con claridad ilustra al lector acerca de las distintas facetas del fenómeno.

La obra, dividida en diez capítulos, ahonda con objetividad y detalle en los puntos conflictivos suscitados. De este modo, tras un sucinto apartado introductorio donde presenta las premisas elementales del «lado oscuro» del trabajador «sin defectos», desgrena y desarrolla las heterogéneas parcelas merecedoras de una especial atención por el *iustlaboralista*.

Así, tras exponer en un segundo capítulo la «agresividad de los “sistemas *big data*” frente a la privacidad individual», acto seguido se embarca en la clave de bóveda de su estudio, la protección de datos en el marco de una relación laboral, comenzando para ello con el examen de la normativa legal de referencia, el Reglamento UE 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, piedras angulares en la ulterior aproximación a las notables responsabilidades que recaen sobre el empresario, los criterios que entran en escena de cara a un tratamiento legítimo de la información, los derechos subjetivos derivados (el acceso, la rectificación, la actualización, la supresión y la oposición por el trabajador), las tutelas judicial y administrativa, o los tipos principales de datos en liza (con la sugerente adición de los biométricos a otros ya clásicos, como los relativos a la afiliación o al estado de salud del empleado).

Además y dentro de lo que ya sería el último tramo del proyecto emprendido, la autora no rehúsa adentrarse en el escarpado terreno de los «derechos laborales *on line*», cajón donde tienen cabida los controles informáticos y de las comunicaciones por el empleador, los riesgos inherentes a una permanente visibilidad, los sistemas de geolocalización o, entre más, las posibilidades de desconexión digital. Conjunto, el que acaba de ser enunciado, que complementa con un aparte transversal centrado en la destacada función a desempeñar por la negociación colectiva.

Sin duda, la profesora Rodríguez Escanciano ha dotado a esta obra de su inconfundible sello de identidad. Durante la lectura nos lleva de la mano a lo largo de un examen riguroso sobre una problemática rica en matices y modos de manifestarse, donde además proporciona cumplida respuesta a múltiples interrogantes, analiza críticamente esta realidad y, allí donde deviene preciso, discrepa y propone soluciones adecuadas. En resumen, una obra más que recomendable, cuidada tanto en la forma

como en el fondo y que, entre otros muchos elementos positivos, sobresale por la exhaustiva revisión de fuentes documentales (legales, científicas y judiciales) consultadas.

A la postre, esta recensión no puede tener mejor epílogo que la certera reflexión de la autora en uno de los pasajes iniciales de la monografía: «[el] carácter pluriofensivo de los adelantos técnicos, particularmente manifiesto ante el ingente almacenamiento de datos que permite la reconstrucción de las señas e identidades más profundas de la profesionalidad y de la personalidad de los trabajadores, obliga a buscar el difícil punto de equilibrio entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen no solo a la actividad económica sino a la gestión del personal, y el ejercicio por los trabajadores, en el seno de la relación laboral, de sus derechos de ciudadanía». Este es el sugestivo *leitmotiv* sobre el que pivota la obra que tengo el placer de recomendar al lector interesado.



## **PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EMPRESA: OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES**

Javier Fernández Costales

Aranzadi-Thomson Reuters (Navarra), 2019, 408 págs.

ISBN: 978-84-1308-3

**Henar Álvarez Cuesta**

halvc@unileon.es

TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

El excelente trabajo de investigación publicado por la prestigiosa editorial Thomson Reuters Aranzadi disecciona, a lo largo de sus más de cuatrocientas páginas, las obligaciones contenidas en la extensa (y cada vez más trascendente) normativa reguladora de la seguridad y salud de los trabajadores en la empresa, así como las responsabilidades que su incumplimiento acarrea a ambas partes en las relaciones laborales.

El autor desarrolla, en los diecisiete Capítulos en los que aparece dividida la obra, un certero análisis legal, judicial y doctrinal en una materia necesitada de un estudio profundo y crítico como el aquí realizado. Partiendo del marco normativo, afronta el deber de protección impuesto al empresario, el estudio de su alcance, los principios que lo enmarcan y la naturaleza última del mismo.

A continuación, como elemento vertebral, desciende al estudio de los principales deberes en los que se subdivide la misma: la integración de la prevención en una concreta organización productiva a través de la evaluación de riesgos y el plan de prevención; la obligación de proporcionar los equipos de trabajo y protección individual; formar e informar a los trabajadores; las medidas a afrontar en caso de emergencia y riesgo grave e inminente o la obligación documental.

Merece ser subrayado el esfuerzo realizado a la hora de dotar de la debida relevancia al deber empresarial de vigilar la salud de los trabajadores, el cual ha de ser analizado teniendo en consideración, como aquí sucede, los derechos a la intimidad y a la dignidad de la persona, la no discriminación, la protección de la salud y la protección de los datos referidos a la misma. También aborda con la debida sensibilidad y cuidado la exégesis de la protección a grupos específicos de trabajadores como son los menores, las personas con discapacidad o las situaciones de maternidad y los riesgos que la misma puede llevar aparejados.

Tampoco soslaya el esfuerzo que supone afrontar uno de los grandes problemas (cada vez con más dimensiones y expansión) como es la coordinación de actividades empresariales. La descentralización productiva y los diferentes grados de exigencia a la hora de verificar el cumplimiento requerido por parte de la principal y los siguientes eslabones de la cadena son diseccionados con precisión quirúrgica.

Como fiel trasunto, aun cuando no deja de ser original y novedoso, examina las implicaciones del desplazamiento internacional de los trabajadores (los denominados expatriados), muchas veces articulada en el seno de un grupo o red de empresas. En una circunstancia donde se ha de articular distinta normativa, el autor proporciona un elenco útil y práctico que sirve de marco preventivo necesario para llevar a cabo la movilidad pretendida.

No olvida el Prof. Fernández-Costales al trabajador, no solo como sujeto objeto de protección, sino también como obligado por las normas de seguridad y salud. Cierra el círculo iniciado con el empleador, principal obligado, con el estudio de las obligaciones impuestas *ex lege* a los fabricantes, importadores y suministradores, realizando una tarea fundamental cual es la de su identificación y acotación de los deberes a cumplir.

El último capítulo aborda el necesario reverso de las obligaciones expuestas: el régimen de responsabilidades. Por un lado, desgana las empresariales de carácter administrativo, civil, penal, de Seguridad Social y, de manera particular, en los casos de expatriación, pero sin dejar a un lado la posible exigencia de la misma al trabajador. En este último capítulo el autor ofrece una cuidada muestra de pronunciamientos judiciales que marcan el camino a la hora de aquilatar la indemnización civil, la sanción administrativa, la condena penal o el tantas veces cuestionado recargo en el pago de las prestaciones.

En fin, este libro resulta de gran interés tanto para los estudiosos de la disciplina iuslaboral y para los prácticos del Derecho, abogados y graduados sociales, como para los técnicos de prevención de riesgos laborales, pues encontrarán una inmejorable guía, así como para los propios trabajadores, empresarios y sus representantes respectivos, en tanto aclara puntos de extrema importancia para unos y otros en una materia tan delicada; a él acudirán para despejar las numerosas dudas que surgen a la hora de interpretar sus obligaciones o depurar sus responsabilidades.

No cabe sino concluir con las sabias palabras del Dr. Antonio V. Sempere Navarro, autor del prólogo: el Dr. Fernández-Costales Muñiz “ofrece una monografía tan útil como sólida y primorosamente organizada... La excelente obra constituye todo un refrendo preado de madurez y sentido común”.

D) NOTICIAS DE INTERÉS  
JURÍDICO-ACADÉMICO



## ACTAS DEL CURSO “CLAVES PARA AFRONTAR RIESGOS LABORALES EMERGENTES: EL FUTURO DE LA PREVENCIÓN”



**SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

**HENAR ÁLVAREZ CUESTA**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de León

Durante los días 23, 24, 25 y 26 de septiembre de 2019 de 16:00 a 20:00 horas, en las Facultades de Derecho y Ciencias del Trabajo de la Universidad de León tuvo lugar el Curso titulado “Claves para afrontar riesgos laborales emergentes: el futuro de la prevención”, dirigido por las Profesoras Susana Rodríguez Escanciano y Henar Álvarez Cuesta y subvencionado por la Junta de Castilla y León al amparo de la Orden EMP/278/2018, de 8 de marzo.

En el inicio del curso intervino en primer lugar el Prof. Juan Carlos Álvarez Cortés, TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, tratando el tema de los “Riesgos vinculados a la digitalización de las empresas”; a continuación el Prof. David Montoya Medina, TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante, habló sobre “Riesgos vinculados a la automatización de los procesos e incorporación de Inteligencia Artificial”. Los “Riesgos vinculados a la biotecnología” fueron analizados por el Prof. Federico de Montalvo Jääskeläinen, TU de Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia de Comillas, presidente del Comité de Bioética de España y miembro del Comité Internacional de Bioética de la Unesco (International Bioethics Committee of UNESCO, IBC). Para finalizar, el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social de la Universidad de León, Juan José Fernández Domínguez, abordó los “Riesgos psicosociales vinculados a la sociedad tecnológica”.

En la segunda sesión, el Prof. Javier Fernández-Costales Muñiz, TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León examinó los “Riesgos vinculados a las fuentes de energía renovables y reciclaje”; y las Directoras del curso disertaron sobre “Riesgos vinculados a las nuevas formas de trabajo agropecuario” (Henar Álvarez Cuesta) y “Riesgos vinculados a la construcción ecológica” (Susana Rodríguez Escanciano). Por último, los “Riesgos vinculados a las nuevas formas de movilidad sostenible” fueron abordados por el Prof. Rodrigo Tascón López, TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

En la tercera, se analizó el impacto de los riesgos emergentes en los colectivos más vulnerables. Así, el Prof. Roberto Fernández Fernández, TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León habló sobre “La formación inicial en materia preventiva para trabajadores jóvenes y para los inmigrantes con escasa experiencia laboral”; la Profa María de los Reyes Martínez Barroso, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León analizó “La necesidad de recualificación en materia preventiva de los trabajadores maduros”; la Profa. Beatriz Agra Viforcós, TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León abordó el estudio de “Las mujeres ante la brecha digital: especial atención a los riesgos en materia preventiva”; y el Prof. José Gustavo Quirós Hidalgo, TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León finalizó tratando “La potencialidad de los cambios tecnológicos para la incorporación segura al mercado de trabajo de las personas con discapacidad”.

En la última jornada se realizaron dos Mesas redondas, la primera de ellas sobre “Soluciones para un adecuado diseño de la prevención de riesgos en el talento sin fronteras y las nuevas vías de emprendimiento” en la que intervinieron Natalia Ordóñez Pascua, Profa. Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León analizando la “Prevención de riesgos y talento sin fronteras”; e Prof. F. Xabiere Gómez García, Contratado Predoctoral en formación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León sobre “La prevención de riesgos en trabajadores desplazados”; y la Profa. Cristina González Vidales, Contratada Predoctoral en formación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León sobre “Situación de la Prevención Laboral en el Emprendimiento Digital”.

En la segunda mesa se abordó por parte de los agentes sociales “El futuro de la prevención de riesgos laborales en Castilla y León desde la perspectiva de los interlocutores sociales: una apuesta por el diálogo social”. En ella intervinieron Dña Sheila Mateo Canelo, Representante de CC OO; Dña. Azucena Pérez Álvarez, Representante de UGT; D. José María Barrios Manso, Representante CSIF y Dña. Marta Uriarte Laine, Representante de FELE. En dicha mesa se puso de relieve las diferentes actuaciones que en el marco del diálogo social y en la materia preventiva

específica estaban realizando los agentes sociales y la Administración Pública autonómica, y se subrayó la importancia que la prevención de los riesgos ha de tener a la hora de llevar a cabo procesos de digitalización y automatización.

El objetivo fundamental de dicho curso consistió en la difusión y transmisión a los asistentes de un conocimiento completo y detallado de los desafíos que plantea la prevención de riesgos laborales en un sistema productivo cada vez más digitalizado y automatizado y el impacto que suponen los distintos cambios operados tanto en ciertos sectores de capital importancia en la Comunidad Autónoma (construcción, agricultura, ganadería, producción energética o reciclaje), como en determinados colectivos, como trabajadores maduros, jóvenes, mujeres, o personas con discapacidad.

El interés de cada ponencia y la actualidad de los temas tratados quedan reflejados no solo en las cifras de asistencia y en el debate producido durante su realización, sino también en los resúmenes de cada intervención ofrecidos a continuación (disponibles también en el Repositorio de acceso abierto de la Universidad de León).

#### **RIESGOS VINCULADOS A LA DIGITALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS**

**Dr. Juan Carlos Álvarez Cortés**

Universidad de Málaga

La aparición de nuevas tecnologías, como el internet de las cosas (IdC – IoT), la Inteligencia Artificial, los macrodatos, la computación en la nube, la robótica colaborativa, la Realidad Aumentada, la fabricación aditiva y las plataformas de internet, tiene y va a tener un profundo impacto en el mundo laboral.

Aunque la aplicación de las tecnologías habilitadas por las tecnologías de la información y comunicación (TIC) se encuentra actualmente en distintos grados de difusión, según sectores de actividad, lo cierto es que en todos ellos se están integrando de forma acelerada ya que permiten una mayor productividad, ahorrando costes tras el período de amortización de la inversión tecnológica y aumentando las posibilidades de obtener beneficios.

Es más que posible que a lo largo de los próximos años próximos puedan producirse cambios significativos y acelerados en relación con las TIC, que alterarán de manera considerable la naturaleza y organización del trabajo en las empresas, además de hacer posibles nuevas formas de trabajo y situaciones laborales.

A pesar de que se ha dicho que la introducción de nuevas tecnologías en la empresa puede llevar consigo la destrucción de empleo, hay muchas voces optimistas que piensan que ello se compensaría con la creación de otros nuevos puestos de trabajo. Evidentemente, habrá importantes cambios en la naturaleza del trabajo y en la distribución del empleo entre sectores, lo que exigirá una especial atención a la

prevención de riesgos en los mismos. El aumento de las posibilidades de teletrabajar o trabajar a distancia cambiará las reglas de juego en una partida donde la producción del accidente de trabajo se produce normalmente en la empresa (un reto más para la regulación de la Seguridad y Salud en el trabajo). Además de que el lugar de trabajo se dispersa, lo mismo ocurre con el tiempo de trabajo. De hecho, la principal regulación comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales está relacionada con el tiempo de trabajo.

Desde la perspectiva de la regulación de la prevención de riesgos laborales, los cambios que se prevé puede producir la introducción de las TIC en el trabajo va a poner en cuestión los mecanismos o normas que en la actualidad se han adoptado para la prevención de riesgos. Y es que, la digitalización, si bien permite la reducción o mejor gestión de riesgos laborales, abre la puerta a un mayor número de problemas de seguridad y salud laboral, sobre todo de naturaleza ergonómica, organizativa y psicosocial, que es necesario entender y atender mejor. Habrá de hacerse un uso responsable de la tecnología compatible con la salud laboral.

En cualquier caso, es difícil predecir estos cambios, lo que es seguro es que en materia de prevención de riesgos laborales se plantearán problemas a resolver con:

a) Los nuevos sistemas automatizados, equipos de trabajo y herramientas utilizadas: aunque es posible que la automatización retire a los trabajadores de los entornos peligrosos, también lo es que puedan introducir nuevos riesgos, especialmente influenciados por la transparencia de los algoritmos subyacentes y las interfaces o relaciones trabajador-máquina. Por ello será necesario plantear la prevención “a través del diseño” que integre un enfoque de diseño centrado en el usuario o trabajador y una evaluación avanzada de riesgos laborales de conformidad a las nuevas tecnologías que se integren en el proceso productivo, en el lugar de trabajo, sea este en la empresa o en el domicilio del trabajador (o nómada).

b) La forma de organizar y administrar el trabajo:

- Los factores psicosociales y organizativos serán cada vez más importantes porque las TIC pueden promover cambios en los tipos de trabajos disponibles; el ritmo de trabajo, cómo, dónde y cuándo se realiza; y cómo se gestiona y supervisa.
- El aumento del estrés laboral, especialmente debido al impacto del creciente seguimiento de los trabajadores facilitado por los avances y la mayor ubicuidad de las TIC portables, la disponibilidad 24/7, la confusión de los límites entre la vida laboral y personal, y la economía de las plataformas de internet; ha de evitarse la presión de rendimiento en los trabajadores pues puede llevar consigo el aumento de riesgos profesionales.
- Crecientes riesgos ergonómicos debido al incremento del trabajo por internet y al uso de dispositivos móviles en entornos distintos de la oficina.
- Riesgos asociados a las nuevas interfaces hombre-máquina, especialmente por la ergonomía y la carga cognitiva.
- El incremento del trabajo sedentario, un riesgo asociado a la obesidad y a enfermedades no transmisibles como las cardiovasculares y la diabetes.

- Riesgos para la ciberseguridad debido al incremento de la interconexión de las cosas y las personas.
- La gestión algorítmica del trabajo y los trabajadores, la Inteligencia Artificial, las tecnologías de seguimiento, como los elementos portables, junto con el Internet de las Cosas y los macrodatos, pueden ocasionar que los trabajadores pierdan el control de sus datos, así como problemas de protección de datos, problemas éticos, desigualdad en la información con respecto a la prevención de riesgos y salud laboral, y presión sobre el rendimiento de los trabajadores.

c) Los modelos, jerarquías y relaciones empresariales y las responsabilidades en materia de gestión de la prevención de riesgos:

- El creciente número de trabajadores considerados (debida o indebidamente) como autónomos y que, en nuestra legislación, quedan fuera de la reglamentación vigente de la LPRL. Por ello es preciso un marco normativo que aclare las responsabilidades en materia de seguridad laboral en relación con los nuevos sistemas y formas de trabajo.
- Cambios en los modelos de negocio y las jerarquías laborales debido al incremento del trabajo en internet y flexible y a la introducción de la gestión algorítmica y la Inteligencia Artificial, que pueden alterar los actuales mecanismos de gestión de la prevención de riesgos laborales.

d) Las características de la fuerza de trabajo y la necesidad de elevar las capacidades, los conocimientos y la información necesarios para trabajar:

- La carencia de las capacidades necesarias en la fuerza de trabajo para utilizar las TIC, adaptarse a los cambios y gestionar el equilibrio entre su vida laboral y personal. Es necesaria la participación de los trabajadores en la aplicación de las estrategias de digitalización y crear un sistema de formación en prevención de riesgos para los trabajadores en el entorno digitalizado.
- Además, se producirán cambios de empleo más frecuentes y una vida laboral más larga. Sería oportuno introducir con claridad en el artículo 25 de la LPRL, referido a la Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la consideración de los trabajadores maduros frente a las nuevas tecnologías.

### RIESGOS VINCULADOS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y AUTOMATIZACIÓN DE LOS PROCESOS

**Dr. David Montoya Medina**  
Universidad de Alicante

I. El cambio de paradigma en la prevención de riesgos laborales: nuevos riesgos asociados a la revolución tecnológica.

II. Riesgos asociados a la automatización y a la robotización.

1. ¿Estamos preparados para interactuar laboralmente con robots?
2. Robots enjaulados y “cobots”: ¿aliados en el trabajo o fuente de riesgos?

III. Un riesgo ya clásico y omnipresente: el trabajo con pantallas de visualización de datos. Particular referencia a los efectos sobre la salud del trabajo informático en periodo nocturno.

IV. El tsunami tecnológico: riesgos asociados a la utilización de las nuevas tecnologías.

1. Tecnología y calidad de vida: ¿resulta completamente inocua la hiperconectividad a la que estamos actualmente expuestos?
2. Dependencia tecnológica, hiperconectividad y trabajo por cuenta ajena: riesgos asociados a la utilización de los recursos tecnológicos en la relación de trabajo.

V. La posición de la empresa como garante de la seguridad y salud de los trabajadores. La necesidad de respuestas adecuadas desde la prevención.

VI. La tímida respuesta del ordenamiento jurídico. El derecho a la desconexión digital: un derecho de naturaleza preventiva instaurado en la ley de protección de datos.

#### RIESGOS VINCULADOS A LA BIOTECNOLOGÍA

**D. Federico de Montalvo Jääskeläinen**

Profesor Facultad de Derecho ICADE. Miembro Comité Internacional de Bioética de la UNESCO

Es habitual tildar los tiempos que vivimos como tiempos extraordinariamente disruptivos y vincularlo al ingente progreso de la informática y la ingeniería o, en idénticos términos, a la capacidad de superación que se le ofrece ahora al ser humano desde la perspectiva de la electrónica, la mecánica y la computación. Así, la Inteligencia Artificial, la robótica, el Big Data o, más recientemente, el Blockchain se nos presentan como verdaderos impulsores de este cambio o transformación que se muestra como inaudito. La disrupción digital emerge como el fenómeno que marcará inexorablemente el futuro del ser humano. Una mera búsqueda sencilla en internet de la palabra disrupción nos ofrece un ejemplo paradigmático de ello. La disrupción queda en casi todas las entradas que un buscador nos ofrece vinculada a la tecnología o al mundo de lo digital. Las palabras disrupción y digital o tecnológico constituyen el resultado más habitual de dicha búsqueda. De hecho, la propia palabra disrupción parece que fue usada por primera vez para describir los tiempos actuales en un artículo publicado en 1995 en la Harvard Business Review (*Disruptive technologies: catching the wave*, Joseph L Bower y Clayton M Christensen), vinculada al cambio tecnológico de la empresa, lo que obligaba a los emprendedores a reinventarse.

Sin embargo, desde la perspectiva del impacto en la propia naturaleza e identidad del ser humano, creemos que la verdadera disrupción viene realmente de la mano de la Biología y la Medicina. El verdadero cambio que puede transformar al ser humano de

manera tal que no encuentra precedente en la Historia nos lo ofrecen las nuevas posibilidades de actuar sobre el propio genoma humano, es decir, sobre el conjunto de genes que constituyen el ADN de cada individuo.

La tecnología nos afecta una vez ya nacidos, pero el avance de la Biología y, en concreto, de la Genética y la Genómica parecen que van a poder determinar nuestro futuro desde nuestros primeros días de vida, desde nuestra vida biológica previa, incluso, al propio nacimiento. En este complejo futuro que se nos predice, no solo se nos podrá superar en nuestras capacidades intelectuales o físicas, incorporando a nuestro entorno y a nuestro propio cuerpo un ingente aparataje tecnológico, sino que se nos podrá mejorar, y ello, incluso, antes de nacer, interviniendo directamente sobre el embrión. La naturaleza de lo humano se pone en cuestión, sobre todo, cuando la alteramos en su propia esencia, no solo en su entorno, y, además, desde su propio inicio.

A este panorama disruptivo no son ajenas las relaciones laborales. En concreto, desde la perspectiva del avance de la genética y genómica surgen nuevos retos para el Derecho en el ámbito de la relación empresario-trabajador, sobre todo, en lo que se refiere al deber de aquél de promoción y protección de la salud del trabajador y la medicina predictiva (test genéticos).

#### **RIESGOS PSICOSOCIALES VINCULADOS A LA SOCIEDAD TECNOLÓGICA**

**Dr. Juan José Fernández Domínguez**

Universidad de León

Los riesgos psicosociales que pueda sufrir la persona del trabajador con origen en una sociedad tecnológica, es decir, “extralaborales” con incidencia o proyección en el trabajo, obliga a reflexionar sobre el documento del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina de Trabajo. Sopesar, por ende, las interacciones entre el trabajo, su medio ambiente y la satisfacción en el empleo, por una parte; por la otra, las capacidades del empleado, sus necesidades, cultura y situación personal fuera del trabajo.

Esta implicación, lejos de doble, llega o puede llegar a ser triple, pues a los factores laborales y externos al trabajo procederá unir, de manera obligatoria, los individuales de cada persona, para así dar lugar a un cúmulo de determinantes que puede admitir análisis instrumentales en función del factor que quiera ponderarse.

De este modo, por ejemplo, y de tomar en consideración el cuerpo y el anhelo a responder a un arquetipo físico, podrá ponderarse el aspecto personal como un factor de riesgo psicosocial, vinculándolo a exigencias laborales de responder a una imagen (incluyendo la indumentaria); por ejemplo, condicionado a discriminación por razón de obesidad que conduzca a anorexia o bulimia o, en el otro extremo, el intento de alcanzar la excelencia que lleva a la vigorexia. Igual sucedería si el elemento de medir se sitúa en el afán de lograr la integración social en determinados entornos culturales,

donde el consumo de alcohol y drogas puede llevar a riesgos de alcoholismo y drogodependencia.

Pero si la tecnología es la protagonista, la dependencia más allá de la que, en su caso, procederá utilizar en el trabajo (o como proyección continuada del trabajo, en el caso de *workaholism* e, incluso, del *work engagement*) es sin duda, el supuesto más documentado. Junto a la dependencia, las situaciones de ciberacoso o, sin llegar a tal, el sentimiento de vigilancia y control tecnológico, cuando no de abierta tecnofobia o incapacidad de adaptarse a contextos sociales donde muchas actividades no presentan alternativas al recurso a la tecnología que, por una u otra causa, puede acabar siendo fuente de estrés.

Cabrá profundizar en cualquiera de esos tres, y hasta perfilarlos en función de los ingresos familiares, los niveles educativos, el canon de igualdad (género, raza, religión, discapacidad, etc.), el entorno social (incluido salud, vivienda, transporte) o las condiciones de vida; es decir, situarlos en un ámbito en el cual la tecnología (riesgo en sí misma) acaba alcanzando un índice más trascendente a partir de su contexto social.

Habrán de ponerse en conexión, en fin, con cuanto no deja de ser sino un efecto directo de la tecnología, que toma la falta de apoyo social para hacer quebrar el modelo demanda-control, y hacer que las situaciones de necesidad se agraven cuando falta el sostén de las personas, al haber trocado lo emocional por lo tecnológico.

#### RIESGOS VINCULADOS A LAS FUENTES DE ENERGÍA RENOVABLES Y RECICLAJE

**Dr. Javier Fernández-Costales Muñiz**

Universidad de León

La gestión de residuos es una actividad necesaria, que comporta riesgos para el medio ambiente y, sobre todo, para los trabajadores. La recogida y gestión de residuos no está exenta de accidentes fatales, que ocurren con relativa frecuencia.

El sector de la gestión y tratamiento de residuos presenta actualmente una gran importancia debido, fundamentalmente, al establecimiento de disposiciones legislativas, tanto nacionales como autonómicas, derivadas de la aplicación de la política de desarrollo sostenible establecida por la Unión Europea para una adecuada protección de la salud y del medio ambiente. Todo ello sin olvidar la sensibilización social existente sobre todos los aspectos relacionados con la protección del medio ambiente.

La Directiva 2008/98/CE establece el marco jurídico de la Unión Europea para la gestión de residuos y proporciona los instrumentos que permiten disociar la relación existente entre crecimiento económico y producción de residuos, haciendo especial hincapié en la prevención, entendida como el conjunto de medidas adoptadas antes de

que un producto se convierta en residuo, para reducir tanto la cantidad y contenido de sustancias peligrosas como los impactos adversos sobre la salud humana y el medio ambiente de los residuos generados.

Igualmente, durante los últimos años la energía renovable ha ido adquiriendo en nuestra sociedad un considerable peso debido al impulso que ha ido obteniendo por parte de los distintos gobiernos, así como por la necesidad de buscar otros métodos de alimentación, aparte de los tradicionales como la termoeléctrica nuclear o la termoeléctrica clásica. La generación de energía eléctrica mediante agentes no contaminantes como son las energías eólica, hidráulica, geotérmica o solar, además de contribuir a reducir las emisiones de gases nocivos y la elevada tasa de dependencia de las importaciones, genera una amplia actividad empresarial, dando origen a numerosos empleos, algunos de nuevas características, que a su vez generan diferentes tipos de riesgos para los trabajadores, pues las cada vez más avanzadas tecnologías empleadas y los métodos científicos utilizados suponen nuevas formas de nocividad, riesgos, peligros y factores de afectación para la salud laboral.

España es uno de los primeros países del mundo en cuanto a la implantación de renovables, lo que conlleva también una gran responsabilidad en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

#### RIESGOS VINCULADOS A LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO AGROPECUARIO

**Dra. Henar Álvarez Cuesta**

Universidad de León

El trabajo agropecuario en España siempre ha revestido de una importancia y trascendencia fundamental y ha adquirido una nueva dimensión con la apuesta por un cultivo y una ganadería ecológica, asumiendo los postulados de la sostenibilidad medioambiental y la lucha contra el cambio climático.

Las características de las actividades agrícolas y ganaderas en el territorio español no son uniformes, sino que aparecen diferenciadas por el tamaño de las explotaciones (vinculado al trabajo por cuenta ajena o propia) y las distintas condiciones climáticas y geográficas.

Para hacer frente a los riesgos provocados por estas actividades, conviene atender a sus diferencias y a las variadas tareas desempeñadas, en las cuales potenciales riesgos pueden quedar resumidos como a continuación se expone:

- En primer lugar, riesgos físicos derivados de la utilización de útiles, instrumentos, vehículos o maquinaria, o de las malas posturas y el esfuerzo reiterado que dicha actividad requiere de forma continuada, todo lo cual puede provocar incidentes de diversa naturaleza como caídas al mismo o distinto nivel, atrapamientos y atropellos, caída de objetos, carga física, ruido y vibraciones, incendios y explosiones, contactos eléctricos, etc.

- En segundo término, riesgos derivados del inevitable trabajo con animales (riesgos físicos), pero también riesgos biológicos y químicos. El RD 1299/2016, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, contempla expresamente para los ganaderos las enfermedades infecciosas o parasitarias transmitidas al hombre por los animales o por sus productos y cadáveres (zoonosis) y con manifestaciones como brucelosis, tuberculosis bovina, rabia, tétanos, carbunco, toxoplasmosis, leptospirosis, pulmón de granjero, tularemia, fiebres, gripes, etc., así como las causadas por la inhalación de sustancias y agentes no contemplados de forma expresa en otros apartados.

Respecto al riesgo químico, este deriva del uso de pesticidas y abonos en el trabajo agrario. Aparece regulado en el RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, y puede derivar de la utilización de plaguicidas y fertilizantes, abonos orgánicos, medicamentos veterinarios y productos zoonosarios, fitosanitarios o biocidas, sustancias tóxicas, cáusticas y corrosivas, gases, etc.

- Riesgos ambientales, especialmente los relativos al trabajo al aire libre o en locales no cerrados bajo condiciones climatológicas extremas de temperatura y humedad.
- Sin olvidar en este elenco los riesgos psicosociales, que pueden generar estrés, ansiedad o la depresión.

#### RIESGOS VINCULADOS A LA CONSTRUCCIÓN ECOLÓGICA

**Dra. Susana Rodríguez Escanciano**

Universidad de León

Siendo muy difícil establecer una línea divisoria entre riesgo profesional y riesgo ecológico al ser dos variables directamente imbricadas, el sector de la construcción ha tenido la virtud de actualizarse y adaptarse a la transformación operada desde una agotada edificación expansiva e invasiva hacia una actividad empresarial más sostenible desde el punto de vista de la salubridad laboral y desde la perspectiva de la calidad atmosférica. Cuando está bien planificado, el crecimiento urbano encierra el potencial de generar ocupaciones laborales menos penosas en el marco de una rama industrial basada en la renovación, regeneración y rehabilitación integral de los edificios, incorporando materiales menos contaminantes, adelantados sistemas bioclimáticos y, cómo no, modernas herramientas, que permiten mejorar la seguridad de los trabajadores. Ahora bien, tampoco cabe dar saltos en el vacío y olvidar que los cambios en el diseño de la actividad urbanística no eliminan *de radice* los riesgos laborales, que ciertamente pueden ser distintos, en ocasiones, a los de su configuración precedente, pero no por ello son menos importantes, no en vano “construcción verde” no es sinónimo de ausencia de peligro, realidad que exige seguir adoptando como máxima una cultura preventiva.

La construcción, en general y la ecológica en particular, integra uno de los sectores de la actividad con mayores tasas de accidentabilidad del tejido económico, generando riesgos ciertos, unos heredados del pasado (trabajos en altura, resbalones, tropiezos, cortes, caídas, vuelco de maquinaria, sepultamientos, ruido, vibraciones, atropellos, sobreesfuerzos, posturas difíciles, cargas, golpes con objetos grandes, inclemencias meteorológicas, explosiones, incendios, impactos eléctricos, almacenamiento y manipulación de productos químicos, espacios confinados, destajos, envejecimiento de los trabajadores...), y otros de nueva gestación, derivados de novedosos materiales, tecnologías y diseños en las obras que permiten una mayor sostenibilidad del entorno natural mediante la reducción del consumo de energía y materias primas, una disminución de gases de efecto invernadero y una minimización y mayor aprovechamiento de los residuos a través de su reutilización, reciclaje o valorización, si bien, al tiempo, provocan el surgimiento de nuevas situaciones negativas, tales como la instalación de tecnologías de energía renovable en altura de difícil manejo o la carga de residuos hasta los contenedores, combinadas con la utilización de nuevos aislantes o productos que contienen nanomateriales o con exposiciones incontroladas a fibras, a partículas ultrafinas o a microorganismos desconocidos, unidas al uso de elementos reciclados, reutilizados o renovables con altas dosis de alérgenos, sustancias cancerígenas (bambú, paja, lana de oveja, lino, corcho, papel, disolventes, escoria fundida, feldespatos, titanio de potasio, cenizas volantes, sílice cristalina, fibra cerámica, roca, alquitrán de hulla, madera, resinas, serrín, cenizas de carbón...) o de productos acuosos que contienen biocidas, así como de fuentes de energía alternativa (solar pasiva, eólica y bioenergía), cuya obtención presenta riesgos laborales de incendio o de electrocución. Es más, los edificios verdes suelen ser más herméticos y estar perfectamente aislados para ahorrar energía, de modo que la ventilación suele ser reducida durante las labores interiores de acabado, lo cual puede aumentar la exposición a compuestos orgánicos volátiles de pinturas o adhesivos y al polvo, en particular, la sílice cristalina, serrín, cenizas de carbón, fibra cerámica, roca, mezclas bituminosas que contienen alquitrán de hulla, arcilla, mercurio, lana de vidrio, siliconas, aceites, disolventes, yesos, desencofrantes, humos de escape de motores diesel o espuma de poliuretano, exposiciones todas estas que pueden causar dermatitis, irritación ocular, enfermedades en las vías respiratorias, de las membranas mucosas de los ojos y del tracto intestinal, así como daños al hígado y a los conductos biliares. En fin, y por no seguir, es alta también la incidencia de las radiaciones UV entre trabajadores que realizan sus tareas en el exterior y pasan gran parte de su jornada laboral expuestos.

**RIESGOS VINCULADOS A LAS NUEVAS FORMAS DE MOVILIDAD SOSTENIBLE**

**Dr. Rodrigo Tascón López**

Universidad de León

Los increíbles avances tecnológicos que está contemplando la humanidad tienen influencias múltiples sobre los más variados aspectos de la vida social y jurídica. Uno entre muchos es el relativo al desplazamiento de trabajadores, esto es, la necesidad que tienen los operarios de desplazarse, moverse, en el mundo físico, para desarrollar

su prestación profesional, ya sea de forma normal o habitual; ya de forma más excepcional, para realizar tareas en lugares distintos al centro de trabajo (viajes en misión).

El Derecho del Trabajo se ha ocupado tradicionalmente de estas cuestiones desde varios puntos de vista: limitaciones a la decisión temporal de desplazamiento de trabajadores y a la definitiva de la movilidad geográfica (art. 40 ET); consideración de accidente de trabajo tanto el sufrido *in itinere* como el ocurrido en misión (art. 156 LGSS). La industria 4.0 influye, al menos, de dos formas diferentes en los desplazamientos de los trabajadores:

1º. La tecnología evita y evitará desplazamientos de los trabajadores: las nuevas herramientas tecnológicas están empujando el mundo. Hoy se puede en tiempo real tener una reunión virtual con un cliente o proveedor, enviar gran cantidad de información en cualquier lugar del mundo, perfeccionar contratos a través de firma electrónica, trabajar a distancia (algo que se ha facilitado tras la reforma del art. 13 ET operada por la famosa reforma laboral de 2012, que no todo hizo mal...) haciendo llegar el fruto del esfuerzo a la empresa en el mismo momento en el que es realizado por el teletrabajador que, a su vez, puede ser controlado perfectamente por la empresa a través de dispositivos remotos (que, en principio, y si han sido debidamente informados, son lícitos y no atentan contra derecho fundamental inespecífico alguno)...

Todas estas potencialidades han de llevar a una disminución de los desplazamientos de trabajo porque es un objetivo deseable desde diversos puntos de vista: tanto para el trabajador individual (las limitaciones del art. 40 muestran a las claras que el interés del operario es precisamente no tener que viajar por motivos laborales) para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; como colectivo (menor impacto ambiental, reducción de atascos...).

2º. La tecnología permite nuevas formas de desplazamiento más rápidas y seguras. Y esto puede ser usado por los trabajadores y favorecido y potenciado por las empresas como vía para prevenir posibles siniestros, evitando así responsabilidades civiles privadas y públicas de Seguridad Social (lo que redundaría en beneficio de las maltrechas arcas del Sistema).

Por otro lado, el Derecho de la Seguridad Social, encargado de prestar protección a quien sufra un accidente como consecuencia de un desplazamiento profesional, ha experimentado (está experimentando) una constante reconstrucción del concepto de accidente de trabajo, consagrado en el art. 156 LGSS, para adaptarlo a las nuevas realidades.

Así, el accidente *in itinere*, aun cuando sigue requiriendo de sus característicos elementos locativo, teleológico y medial, ha sido flexibilizado en los últimos tiempos por la jurisprudencia para entender, conforme a la realidad social, que se puede compaginar un domicilio familiar con otro profesional, al que viajar la noche antes de la incorporación efectiva al trabajo, quedando el accidente ocurrido en dicho trayecto incorporado al concepto de contingencia profesional. De igual forma, se han aceptado

como medios idóneos de desplazamiento aquellos novedosos derivados del nuevo contexto social, como, por ejemplo, acudir al trabajo en patinete eléctrico.

Por su parte, el accidente en misión ha sido considerado plenamente por la jurisprudencia como accidente de trabajo, aun cuando los pronunciamientos más recientes han explicado que no pueden extenderse sus efectos a los períodos en los que el trabajador estaba disfrutando de períodos de descanso en el hotel o de momentos de ocio en playas o lugares similares, salvo que se pruebe de forma indubitada su relación con el trabajo.

**LA FORMACIÓN INICIAL EN MATERIA PREVENTIVA PARA TRABAJADORES JÓVENES Y PARA LOS INMIGRANTES CON ESCASA EXPERIENCIA LABORAL**

**Dr. Roberto Fernández Fernández**

Universidad de León

La formación en materia preventiva dentro de la empresa se viene conformando como una de las grandes preocupaciones para todos los partícipes en el sistema español de relaciones laborales, pues una adecuada política en esta materia permitirá cumplir con mayor grado de optimización las obligaciones preventivas que tienen tanto el empresario (fundamentalmente este) como el trabajador.

En este sentido, la obligación empresarial recogida en el artículo 19 LPRL de garantizar al trabajador la formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva para hacer frente a los riesgos en el trabajo con una mínima pericia y eficacia se conforma como uno de los quehaceres más importantes para garantizar la seguridad y salud del trabajador.

De ahí la trascendencia que la formación inicial del trabajador ha de jugar en este ámbito, más aún para determinados grupos de empleados que pueden estar necesitados de una protección específica al respecto, pues manifiestan más probabilidades de sufrir algún tipo de lesión que otros trabajadores debido a sus características personales, profesionales o sus condiciones de trabajo.

En tal situación se pueden encontrar los trabajadores jóvenes y los inmigrantes con escasa experiencia profesional, cuya falta de pericia puede constituir un elemento a tomar en consideración a la hora de diseñar y planificar la formación que estas personas deben recibir para realizar su prestación de servicios con las suficientes garantías de seguridad.

A partir de la premisa anterior, se van a explorar las posibles adaptaciones o sugerencias que la formación en materia preventiva de estos colectivos puede necesitar con el fin de asegurar su salud en el trabajo.

## LA NECESIDAD DE RECUALIFICACIÓN EN MATERIA PREVENTIVA DE LOS TRABAJADORES MADUROS

**Dra. María de los Reyes Martínez Barroso**  
Universidad de León

Para hacer posible y viable una auténtica “cultura de la seguridad” en el seno de la empresa es preciso apostar por una colaboración activa en la materia, como manifestación expresa en materia de responsabilidad social, que requiere una apuesta mayor por una inversión económica en medios materiales y en procesos formativos, además de otras actuaciones concretas dirigidas a colectivos específicos. A continuación se da cuenta de una serie de líneas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo de los mayores de 55 años, con particular atención a la seguridad y la salud en el trabajo.

### ***1. Reducción de la jornada laboral***

En España, la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo refleja una gran rigidez en los horarios del colectivo de trabajadores de entre 55 y 64 años, lo cual, unido al hecho de que la influencia del trabajo en la salud se acentúa en los mayores de 55 años, obliga a considerar que una mayor flexibilidad en la organización del trabajo permitiría a este colectivo retirarse progresivamente de la población activa reduciendo su jornada laboral y evitando su cese total. Desde una perspectiva integrada, el dilema entre cese o prolongación de la actividad admite, al menos, modulaciones en dos criterios. En primer término, la actividad puede seguir, pero con reducción del tiempo de actividad y como el tiempo de trabajo es, por naturaleza, una condición muy flexible, esa reducción admite diversas fórmulas: jornada a tiempo parcial, semana de cuatro días, aumento de los días de descanso en el ciclo anual, etc. En segundo lugar, puede cambiar la función o el contenido de la prestación, dando prioridad a la actividad de asesoría y de consejo, de formación de los jóvenes y nuevos empleados, dedicación a tareas relacionadas con la clientela o, en fin, participación en equipos de trabajo interdisciplinarios con distintos conocimientos y experiencias pues, lo que cuenta son las capacidades, no las incapacidades. Es más, el reparto de trabajo puede intentarse también utilizando el tiempo de trabajo, pero no actuando sobre la jornada, sino sobre el tiempo de trabajo completo de la vida de los trabajadores. Por otra parte, a nivel empresarial y en el marco de las condiciones de trabajo, se pueden impulsar medidas dirigidas al desarrollo de a) Nuevas competencias y destrezas en el trabajo, a través de la rotación de tareas o del enriquecimiento del puesto. b) Estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador mayor y medidas que aborden cambios en la actividad. c) Programas complementarios encaminados a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional (cualificaciones de adaptación).

### ***2. Evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad.***

De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de la Salud (MSCPS), a partir de los 55 años, la población es más vulnerable a una serie de procesos patológicos

directamente relacionados con el propio envejecimiento y las patologías degenerativas consustanciales a aquel y reflejo, además, del efecto acumulado a largo plazo de los estilos de vida poco saludables (alta prevalencia de artropatías degenerativas, hipertensión, etc.). Una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud. A partir de tal constatación resulta necesario explorar vías de actuación como las siguientes: a) Incidir en la importancia de contemplar en las evaluaciones de riesgo los factores inherentes a la edad y a la antigüedad. b) Proceder (a partir de los resultados de tal evaluación) a una adecuada planificación de la actividad preventiva, que incluya, con carácter prioritario, un programa adecuado de vigilancia de la salud específica en función de los riesgos y adaptada a la edad del trabajador, en la que se tengan en cuenta, entre otros, factores tales como la movilidad limitada de las articulaciones; la disminución de la fuerza; la reducción de la capacidad funcional física, de la percepción y de la capacidad para tomar decisiones; la reducción de la capacidad visual y auditiva; la ralentización de la capacidad de reacción. Dicho “programa de salud” debería comprender, asimismo, actividades formativas e informativas: a) Formación específica a los trabajadores mayores sobre cómo mantener y promover su propio rendimiento físico y psicológico a través de estrategias acordes a las exigencias del trabajo (gestión del estrés, prevención del agotamiento); b) Información sobre cómo conseguir un buen mantenimiento físico: promoción de buenos hábitos de salud (nutrición o recomendación de prácticas deportivas). Dichas evaluaciones de riesgos y la planificación y programación de la actividad preventiva consecuencia de la misma deben tener en cuenta, asimismo, los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad.

### ***3. Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo***

La finalidad primordial de la movilidad funcional es la búsqueda permanente de la mejor adecuación entre el puesto de trabajo y las aptitudes profesionales del trabajador. Por medio de la adaptación de las condiciones de trabajo se protege la capacidad, se previene la pérdida de salud y se facilita la autonomía personal y, en este sentido, la formación incide directamente sobre la prestación en sí, las funciones y las tareas que se desempeñan. En otros términos, el cambio de condiciones de trabajo afecta a la periferia de la prestación laboral y remite a lo que puede denominarse “calidad de vida laboral”. Si de la evaluación de riesgos se concluyera, a pesar de llevar a cabo todas las medidas reflejadas en el apartado anterior, que la edad pudiera comenzar a ser un hándicap para que el trabajador desempeñe determinados puestos de trabajo, deberán plantearse todas las opciones posibles, antes de su salida del mercado de trabajo. Entre ellas, como medida preventiva, la posibilidad de aplicar medidas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo con el fin de garantizar la seguridad y salud del trabajador.

### ***4. Medidas en el marco de la investigación encaminadas a la protección social***

En este ámbito resulta necesario impulsar la realización de investigaciones específicas en materia de condiciones de trabajo y salud de los trabajadores mayores que permitan

detectar perfiles de morbilidad asociados con la edad y ayuden al diseño de intervenciones concretas, así como la realización de estudios epidemiológicos que determinen aquellas ocupaciones potencialmente más peligrosas en función de la siniestralidad y definan el impacto que, sobre la misma, ejerce la edad.

**LAS MUJERES ANTE LA BRECHA DIGITAL: ESPECIAL ATENCIÓN A LOS RIESGOS EN MATERIA PREVENTIVA**

**Dra. Beatriz Agra Viforcós**  
Universidad de León

1. Nuevas tecnologías y trabajo:
  - La Industria 4.0.
  - Impacto de robótica y digitalización el trabajo y el empleo:
    - Procesos de destrucción y creación de empleo.
    - Trabajo 4.0.
    - Nuevos escenarios para la seguridad y salud en el trabajo.
2. Nuevas tecnologías y prevención de riesgos laborales:
  - Nuevas tecnologías y protección del trabajador frente al riesgo laboral.
  - Riesgos laborales derivados de las nuevas tecnologías. En especial, riesgos psicosociales y, en concreto, tecnoestrés:
    - Modalidades: tecnoadicción, tecnofatiga y tecnoansiedad.
    - Demandas del trabajo con TICs y tecnorecursos laborales y personales.
    - Estrategias de intervención preventiva en relación con el tecnoestrés.
3. Brecha digital por razón de género:
  - Brecha digital de acceso y aprovechamiento.
  - Cuestión formativa: carácter minoritario de las mujeres en los estudios de STEM (los más demandados).
    - Estudios universitarios.
    - Formación profesional.
  - Escasez de mujeres en sectores tecnológicos y punteros (y peores condiciones retributivas).
4. Conclusión: brecha digital y prevención de riesgos.

**LA POTENCIALIDAD DE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS PARA LA INCORPORACIÓN SEGURA AL MERCADO DE TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**Dr. José Gustavo Quirós Hidalgo**

Universidad de León

Durante los últimos años, la contratación de las personas con discapacidad mantiene su tendencia al alza alcanzando a finales del 2018 el mejor registro de toda la serie histórica, aumentando más del 100 % en la última década, si bien ese incremento se ha producido en su mayoría en el ámbito protegido de los Centros Especiales de Empleo.

Los anteriores datos acreditan, en primer lugar, que las nuevas tecnologías son un elemento fundamental y con un impacto creciente para fomentar la contratación de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario, pues favorecen la integración y la empleabilidad mediante la formación, la visibilidad del perfil profesional, el acceso a las ofertas de empleo, el desarrollo del trabajo en mejores condiciones, la reducción de barreras y la equiparación de capacidades.

En segundo término, también cabe constatar un aumento del teletrabajo, o la opción por el mismo, en el colectivo de las personas con discapacidad, si bien se mantiene en niveles muy bajos y que ponen de manifiesto la cultura del presentismo laboral que aun sigue primando. El teletrabajo supone una alternativa real, e incluso una garantía, para que aquellas personas con movilidad reducida no queden excluidas del mercado laboral, ofreciendo ventajas para todas las partes implicadas.

Como tercera reflexión, las redes sociales se han convertido en una ventana al mundo y en una herramienta que atenúa las debilidades y potencia las fortalezas, donde las personas con discapacidad pueden actuar en igualdad de condiciones. En este sentido, los estudios demuestran que el uso de estas redes sociales aumentan las posibilidades de encontrar empleo.

Por otra parte, también es posible que la existencia de las nuevas tecnologías y su disponibilidad o posibilidad de uso real y eficaz para la persona con discapacidad determine nuevas barreras difíciles de sortear, como por ejemplo las relacionadas con las opciones de accesibilidad, la ergonomía o su propio funcionamiento, lo cual se puede traducir en una limitación muy importante especialmente en la búsqueda de empleo, pues un gran porcentaje de las ofertas son publicadas en plataformas digitales.

En definitiva, la tecnología tiene todavía mucho por explorar y nuevas acciones que poner en marcha para seguir impactando de manera positiva en la vida de todos, en especial de las personas con discapacidad. Por ejemplo, soluciones protésicas más avanzadas para las personas con discapacidad física; avances y uso de la Realidad Virtual Inmersiva para reducir el dolor crónico; transporte más accesible orientado a la independencia de los que lo tienen más difícil; mejoras en materia de inteligencia artificial para lograr una mayor seguridad ciudadana y bienestar a todas las personas

con discapacidad; perfección de los sistemas de coordinación ojo-mano para que la tecnología haga llegar órdenes enviadas mediante la vista a las manos en casos de paraplejas y tetraplejas; o, por no seguir, por ejemplo, abaratamiento de las soluciones tecnológicas o, en su defecto, el aumento de ayudas económicas que faciliten su compra.

**MESA REDONDA: *Soluciones para un adecuado diseño de la prevención de riesgos en el talento sin fronteras y las nuevas vías de emprendimiento***

**PREVENCIÓN DE RIESGOS Y TALENTO SIN FRONTERAS**

**Dra. Natalia Ordóñez Pascua**

Universidad de León

El fenómeno de internacionalización de la actividad empresarial y profesional ha supuesto la proliferación de entidades que aumentan su producción u ofrecen sus servicios fuera de sus fronteras nacionales e incrementan de manera notable los supuestos de movilidad internacional de los trabajadores que tienen a su servicio.

Fuera de las tradicionales multinacionales que disponen ya de políticas de expatriación arraigadas, aparecen una multitud de entes productivos que necesitan de una gestión adecuada –entre otros y por cuanto aquí importa– en materia de prevención de riesgos laborales de aquellos trabajadores que van a ejercer su actividad en el extranjero por un desplazamiento temporal de mayor o menor duración.

Proceder a la gestión de los trabajadores desplazados es uno de los grandes retos que afrontan las compañías en los procesos de internacionalización. La situación normativa muestra una mayor claridad, aún con sus luces y sombras, cuando la actividad laboral es desarrollada en aquellos países que forman parte de la Unión Europea, para los cuales existen reglas y protocolos de aplicación común establecidos fundamentalmente en la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios cuya transposición al ordenamiento español se produjo mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Posteriormente, la norma europea ha sido modificada por la Directiva 2018/957 de 28 de junio.

Sin embargo, supone una dificultad añadida el establecimiento y control de actividades preventivas en las situaciones de desplazamientos de trabajadores a terceros países con legislaciones muy dispares a la nacional de origen del empleado y en los cuales no existe legislación específica, teniendo que acudir a los convenios internacionales vigentes.

En principio, tratándose de un desplazamiento temporal efectuado por una empresa establecida en España, las normas de competencia determinarían como ley objetivamente aplicable la nacional del trabajador, así como competencia a los juzgados y tribunales nacionales en orden a conocer de las pretensiones derivadas del

contrato de trabajo, y de aquellas cuestiones litigiosas relativas a la seguridad y salud en el trabajo. Además, la empresa debería ser capaz de garantizar a sus trabajadores desplazados aquellas condiciones mínimas de protección establecidas en el ordenamiento jurídico del país de destino.

En este contexto, la gestión de prevención de riesgos laborales del trabajador transnacional debería ser contemplada en dos momentos diferentes: en primer lugar, antes de proceder al desplazamiento, donde se tratará de evaluar las condiciones del país de destino y las necesidades concretas que el trabajador puede tener cuando llegue al país de recepción; en segundo, durante su estancia, en donde será necesario satisfacer las necesidades diarias que en materia preventiva puedan surgir.

### LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN TRABAJADORES DESPLAZADOS

**D. F. Xabiere Gómez García**

Universidad de León

El proceso de liberalización de los flujos de capital entre los distintos Estados del planeta –conocido como globalización económica– no ha producido realmente una mundialización de los mercados de trabajo; sin embargo, sí que ha difuminado las fronteras físicas y geográficas en lo que se refiere a la formación de cadenas de valor multinacionales y a la internalización de las empresas mediante el traslado de partes de la misma o el establecimiento de centros productivos en otras zonas fuera del Estado de origen. Esta nueva coyuntura ha resultado en un incremento de los desplazamientos migratorios internacionales, con la novedad de que ahora ya no solo se produce una movilidad «por el empleo», sino también «en el empleo», por cuanto las personas trabajadoras cumplen, cada vez más, misiones temporales comprometidas por su empleador en Estados distintos al del inicio de la relación laboral. Además, los intensos cambios tecnológicos, que posibilitan la reducción del coste de estos desplazamientos, y los efectos de la más reciente crisis económica han implicado su extensión desde los perfiles cualificados o especializados hacia el resto de empleos.

A pesar del citado aumento y su paulatina importancia, la figura del expatriado en el marco de un contrato de trabajo presenta una insuficiente consideración legal, lo que dificulta la aplicación, entre otras, de las normas de prevención de riesgos, habida cuenta que en ocasiones dicho contrato se rige por la normativa nacional pero la protección del trabajador tiene que prestarse, necesariamente, en el país de destino o, forzosamente, con la intervención tanto del país de origen como del país de destino. Por el contrario, algunos convenios colectivos sí establecen un régimen jurídico propio, aunque la mayor atención a estas situaciones de movilidad internacional aparece en los instrumentos internos empresariales, por ejemplo, a través del típico Manual del Expatriado.

Desde el ámbito de la prevención de riesgos laborales debe tenerse en cuenta que, a los riesgos habituales de la actividad profesional desempeñada, deben añadirse

aquellos propios del país de destino, aunque no siempre será fácil para la empresa prever los posibles riesgos al objeto de extremar la protección del trabajador desplazado; como tampoco el comportamiento de este último, no solo ante los riesgos profesionales, sino ante los riesgos vitales que se pueden presentar en ese país. En este escenario, son ineludibles cuestiones como las situaciones de conflicto social, la seguridad vial, la vacunación sanitaria, las condiciones naturales y meteorológicas y, en particular, la influencia de los riesgos psicosociales.

Con independencia de las discrepancias en relación a la ley aplicable o al foro de competencia judicial, los derechos y obligaciones en materia preventiva deben de estar garantizados. Puesto que el mero cumplimiento de las normas nacionales de prevención de riesgos laborales no garantiza la exención de responsabilidad empresarial, cobra especial relevancia la adecuada diligencia en materia de información periódica, formación, evaluación de riesgos, coordinación de actividades empresariales (en su caso) o la vigilancia periódica de la salud.

#### SITUACIÓN DE LA PREVENCIÓN LABORAL EN EL EMPRENDIMIENTO DIGITAL

**Dña. Cristina González Vidales**

Universidad de León

El empleo es uno de los elementos fundamentales que tienen los estados para crecer económicamente y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, por ello, la Unión Europea ha defendido desde el Tratado de la Unión Europea (TUE), artículo 3, el pleno empleo como un objetivo para alcanzar un desarrollo económico sostenible. Con esta declaración de intenciones, la Estrategia 2020, reconoce la importancia del emprendimiento y la necesidad de fomentar el espíritu emprendedor para generar empleo, haciendo referencia al emprendimiento en varias ocasiones, y asociándolo a la innovación y al crecimiento económico. Por otra parte, desde la Unión se ha identificado claramente emprendimiento con trabajo por cuenta propia como se puede comprobar en la Comunicación de la Comisión «Hacia una recuperación generadora de empleo».

En cuanto a los trabajadores en plataformas digitales, la doctrina iuslaboralista se encuentra inmersa en el debate acerca de la calificación de las personas que prestan servicios en el marco de la gig economy bien como trabajadores por cuenta ajena bien como trabajadores por cuenta propia. Una disyuntiva que genera una clara inseguridad jurídica, en especial, para los prestadores de servicios, y sobre el que los tribunales están empezando a pronunciarse. La calificación de estos trabajadores como autónomos o trabajador asalariado supondrá, como se podrá comprobar seguidamente, un mayor o menor protección en materia preventiva.

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL) verdadero cuerpo central y básico del ordenamiento preventivo y que regula la protección de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores (asalariados), ya estén vinculados por un contrato de trabajo o bien por una relación administrativa de

prestación de servicios (funcionarios públicos), establece que el «trabajo realizado por cuenta propia», no estará sometido a la legislación preventiva, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente, debiendo cumplir con los «derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos» (art. 3.1. LPRL). De ello se deduce que la norma no comprende un derecho general del trabajador autónomo a la protección de la seguridad y de la salud en el desempeño de su trabajo.

La LPRL alude explícitamente a los trabajadores autónomos solamente en dos artículos 15.5 y 24. Así, por un lado, en el artículo 15.5 se determina que los trabajadores autónomos pueden concertar operaciones de seguro para garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo. Y, por otro lado, el artículo 24 se refiere a los trabajadores autónomos en el marco de los derechos y deberes en materia de coordinación de actividades empresariales, precepto este que ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales. Y es, en concreto, en este último artículo en el que se incluyen los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos; eso sí, circunscritos exclusivamente al supuesto de coordinación de actividades empresariales.



## RELATORÍAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA INVESTIGACIÓN Y PRUEBA ELECTRÓNICA

**PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA**

*Catedrática de Derecho Procesal*

Universidad de León

En la Facultad de Derecho de la Universidad de León tuvo lugar los pasados días 3 y 4 de octubre –y con un muy alto nivel de participación– la celebración del Congreso Internacional de Derecho Procesal ***Exclusiones probatorias en el entorno de la investigación y prueba electrónica***. Evento que a lo largo de dos jornadas distribuidas en diversas sesiones cada una de ellas y bajo la dirección de la Profesora Dra. Piedad González Granda (Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León), reunió a profesores de diversas Universidades españolas y de otros países, así como a determinados expertos de otros ámbitos del mundo jurídico, con el afán de propiciar y difundir la disertación conjunta en torno al tema general que da título al Congreso, desde enfoques y perspectivas diversas.

La organización del Congreso trajo causa del patrocinio de la Fundación Privada *Manuel Serra Domínguez* –cuyo objetivo principal es precisamente la promoción y el fomento de la investigación del Derecho Procesal– a través de la concesión de un Proyecto en promoción de la excelencia el pasado año 2018, mediante la correspondiente convocatoria pública. Asimismo, figura como patrocinadora la Editorial REUS, con el compromiso de publicación del resultado de las Ponencias y Comunicaciones seleccionadas. También ha de mencionarse al Vicerrectorado de Relaciones Institucionales y con la Sociedad, que a través de la convocatoria pública de ayudas para la organización de Congresos, ha contribuido a su realización; del mismo modo ha de mencionarse al Consejo Social de esta Universidad, que en atención principalmente al carácter internacional del Congreso, ha querido asimismo colaborar para hacer posible su realización.

Estructurado el Congreso en tres sesiones, comenzó la primera de ellas en la mañana del día 3 de octubre con el Acto de Inauguración y Presentación del Congreso, que contó con la asistencia del Rector de la Universidad de la León y con el Director de la Fundación Privada de Derecho Procesal *Manuel Serra Domínguez*. Acto seguido, dio comienzo la exposición de las Ponencias a cargo de los profesores invitados de las

Universidades extranjeras que dieron rango internacional al Congreso. La primera de ellas, con el título *Diligencias intrusivas y Prueba ilícita, con especial referencia a las Fuentes de Prueba digital en el ordenamiento chileno*, corrió a cargo de D. Raúl Núñez, Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Y la segunda, bajo el título *La exclusión de la Prueba en el Proceso Canónico y su proyección en el Proceso civil italiano*, fue expuesta por D. Andrea Bettetini, Catedrático de Derecho Canónico y Eclesiástico de la Universidad Católica de Milán.

La segunda sesión tuvo lugar el mismo día 3 de octubre por la tarde, con una Mesa Redonda en torno al tema de *Las exclusiones probatorias en el entorno de la investigación electrónica del Proceso Penal*, que contó con la presencia de tres Ponentes: D. José Francisco Etxeberria Guridi, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco, que centró su exposición en *la obtención de perfiles de ADN mediante la Orden Europea de investigación: las dos caras de la misma moneda*; D<sup>a</sup> Elvira Tejada de la Fuente, Fiscal de Sala del TS y Coordinadora de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado, que disertó sobre *La incorporación al proceso de los datos almacenados (artículos 588.ter.j – 588.ter.m LECrim.)*; y D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León, que realizó su exposición sobre *Ponderaciones judiciales en materia de prueba prohibida y garantías para la nueva investigación en el proceso penal*.

La tercera sesión tuvo lugar en la mañana del día 4 de octubre, con una Mesa Redonda en torno a *Las exclusiones probatorias en el entorno de la Prueba Digital en el orden jurisdiccional civil*, que contó asimismo con la intervención de tres Ponentes: D. Valentín Cortés Domínguez, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid y abogado, con un discurso centrado en *Prueba prohibida en el Proceso Civil: particular vulnerabilidad de los derechos fundamentales en el entorno electrónico*; D<sup>a</sup> María Jesús Ariza Colmenarejo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, con el título *Tratamiento de los datos contenidos en la Prueba digital incorporada al proceso*; y D<sup>a</sup> Piedad González Granda, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León y directora del evento, con una exposición centrada en los *Problemas específicos del acceso a las Fuentes de Prueba Digital en el orden jurisdiccional civil*.

Seguidamente tuvo lugar la presentación y exposición de las siguientes Comunicaciones seleccionadas: *La exposición de los hijos menores en redes sociales como prueba para la privación de la patria potestad* (D<sup>a</sup> Cristina Llamas Bao, Profesora Asociada de la Universidad de León y abogada del ICAL); *La identificación fenotípica del autor del delito y su valoración en el proceso penal* (D<sup>a</sup> Susana Álvarez de Neyra Kappler, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid); *Exclusiones probatorias a instancia de la persona jurídica* (D. Felipe Pérez del Valle, abogado ejerciente del ICAL); *Proceso penal y volatilidad/mutabilidad de las fuentes de prueba electrónicas: sobre la conveniencia y el modo de asegurarlas eficazmente* (D<sup>a</sup> Eva Isabel Sanjurjo Ríos, Profesora

Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de León); y *La cadena de custodia en la prueba digital: España vs EEUU* (D<sup>a</sup> Margarita Simarro Pedreira, investigadora del Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica multidisciplinar” de la Universidad de León y abogada del ICAL). Excusaron su asistencia las autoras de las siguientes Comunicaciones seleccionadas: D<sup>a</sup> Pilar Martín Ríos, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla (*El valor probatorio de información obtenido de un ordenador de uso compartido: a propósito de la STS 287/2017*); y D<sup>a</sup> María Elena Laro-González, investigadora contratada Predoctoral del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla (*Principio de proporcionalidad en la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en materia penal*).

El contenido de las Ponencias y Comunicaciones seleccionadas expuestas en el marco del Congreso se resume a continuación a través de las breves aportaciones realizadas por los propios autores. (Coordina el conjunto de las relatorías expuestas por orden alfabético **D<sup>a</sup> María Santisteban Castro**, Estudiante del Grado en Derecho de la Universidad de León, con acreditación de actividades investigadoras en el Área de Derecho Procesal en el período julio-septiembre del presente año 2019).

Ponencia: **PONDERACIONES JUDICIALES EN MATERIA DE PRUEBA PROHIBIDA Y GARANTÍAS PARA LA NUEVA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL**  
Ponente: **D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León

Comienza la ponencia haciendo una referencia al *status quaestiones* de la prueba prohibida en el proceso penal. Se parte de la redacción del artículo 11. 1 LOPJ, que declara la ineficacia probatoria de pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales. Esta norma legal, guarda relación con la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal y como se puede apreciar en la STS 114/1984, de 29 de noviembre. Esa doctrina jurisprudencial fundamentaba la ineficacia de la prueba ilícita como exigencia del derecho al proceso con todas las garantías y como exigencia de la debida protección de los derechos y libertades recogidos en el Título I, Capítulo II, Sección 1<sup>a</sup> de la Constitución Española.

Con el paso del tiempo la doctrina se fue «moderando» y así lo vemos en la STC 81/1998, de 2 de abril y en otras resoluciones del TC y del TS, a través de excepciones que limitan la virtualidad del referido art. 11. 1 LOPJ. Así podríamos hablar de una modulación de aquella norma, en base a excepciones de lo que se entiende que debe ser la regla general; que no es otra cosa que la disposición legal. Y así, se barajan categorías como la excepción de prueba independiente, la excepción del hallazgo casual, la excepción de confesión voluntaria o la excepción de buena fe, y –de una forma particularmente intensa– la «excepción de la conexión de antijuridicidad». Por otra parte, la STC 97/2019, de 16 de julio, da lugar a un decisivo giro en esta materia en el sentido de desvincular la exclusión probatoria de la vulneración de derechos

fundamentales, y esto, razonando la necesidad de acudir a la ponderación de aquella vulneración con el derecho (incierto y no recogido como tal en los textos normativos) a un «proceso justo y equitativo».

Esta incertidumbre da lugar a que, a la hora de aplicar el art. 11. 1 LOPJ, pensemos que se genera una inmensa inseguridad jurídica si se analizan las posibilidades de investigación a través de medios tecnológicos regulados en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En esta regulación, las garantías de legalidad en las diligencias que allí se prevén, podríamos decir que se basan en tres pilares: por un lado, en la virtualidad de los principios rectores acuñados por años de jurisprudencia que, además de inspirar el régimen legal, son de directa aplicación; en segundo lugar, en el régimen de la resolución judicial que adopta tales medidas, donde la regulación del auto goza de una minuciosidad mayor que la regulación de la sentencia; y en tercer lugar, el régimen de la incorporación al proceso, de los datos almacenados, donde se dispone la forma en que los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación, pueden ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

Vista la doctrina del TC y esta regulación de las medidas limitativas de los derechos del art. 18 CE, la cuestión es: ¿hasta qué punto las irregularidades cometidas en aquellas medidas de investigación tecnológica podrán ser definitivas para apreciar una exclusión probatoria? Pues bien, atendiendo a la potencialidad de estas medidas de investigación y a la enorme inmisión que tienen en el derecho a la intimidad, surge la duda de que se pueda estar poniendo el proceso penal al servicio de los posibles intereses de un Estado totalitario.

Ponencia: **TRATAMIENTO DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LA PRUEBA DIGITAL INCORPORADA AL PROCESO**

Ponente: **D<sup>a</sup>. María Jesús Ariza Colmenarejo**, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

La protección de datos personales, una vez que se incorporan al proceso civil es, sin duda, uno de los temas más inquietantes en la actualidad. No es ajeno el hecho de que al proceso acceden multitud de datos, tanto de carácter personal, como de carácter no personal, y todo ese material se incorpora al Expediente Judicial Electrónico, cuya custodia corresponde al Letrado de la Administración de Justicia.

En relación con este tema, debemos atender a dos cuestiones fundamentales:

- Por un lado, a la *delimitación del marco legislativo*, compuesto por el Reglamento 2016/679, de 27 de abril (RGPD) del Parlamento Europeo, relativo a la protección de personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de

Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. a través de la cual, se incorpora el Capítulo I bis titulado «Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia».

- Por otro lado, es preciso analizar las *consecuencias de la digitalización de la Administración de Justicia, a través del Expediente Judicial Electrónico, y su repercusión en el tratamiento de datos personales e, incluso, los no personales*. A tal efecto, existen múltiples repercusiones del derecho de autodeterminación informativa sobre los derechos de carácter procesal, lo cual requiere de una ponderación de intereses para que la tutela judicial no se vea mermada.

En ambos casos, las conclusiones están en la línea de considerar insuficiente la regulación, ya que, en ocasiones, se generan vacíos legales –en especial, en lo que a los responsables de datos se refiere–, y se produce una inadecuación de las disposiciones sobre protección de datos en relación con el principio de publicidad procesal y el derecho de las partes procesales de acceso al expediente. Problemas como la debida confidencialidad o la declaración de secreto de las actuaciones pueden llegar a poner en riesgo el derecho de defensa.

Ponencia: LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CANÓNICO Y SU PROYECCIÓN EN EL PROCESO CIVIL ITALIANO

Ponente: D. Andrea Bettetini, Catedrático de Derecho Canónico y Eclesiástico de la Universidad Católica de Milán

La prueba constituye el eje del sistema procesal canónico, siendo un elemento que forma parte de la base del juicio, lo cual, no difiere del derecho secular.

Las partes pueden aportar *probationes generis cuiuslibet* (Canon 1527, §1 del Código de Derecho Canónico), o lo que es lo mismo, pruebas de cualquier naturaleza aunque, necesariamente, útiles y legítimas. Este principio, es de naturaleza atípica en relación a los medios de prueba, y aquí el Juez tiene el control tanto de la utilidad y de la relevancia de la prueba para el juicio de hecho –es decir, del *factum probandum*–, como el control respecto del cumplimiento de los requisitos y de las condiciones a las que el propio ordenamiento jurídico subordina la prueba para su admisión.

Por otro lado, el derecho a presentar todo medio de prueba para producir convicción, tiene, al menos, dos tipos de limitaciones, derivadas del objeto de la actividad probatoria y del respeto a ciertas formas y garantías. Entre estos, se mencionan, aquellos requisitos relativos a la pertinencia, a la relevancia o a la necesidad de la prueba, que algunos autores identifican como *límites intrínsecos* a la actividad probatoria, y aquellos requisitos vinculados a la licitud de la prueba, *límites extrínsecos*.

La consecuencia de obtener una prueba ilícitamente, conlleva a que ésta no tenga ningún efecto y, por tanto, su salida del proceso y, la imposibilidad de tenerse en cuenta y ser valorada. A modo de ejemplo, no podrán ser valoradas las pruebas obtenidas en una entrada y registro que no cuente con la necesaria autorización judicial o consentimiento del titular, como tampoco se tendrá en cuenta una pericia que no acepte los principios antropológicos de la Iglesia Católica.

Por otra parte, si el Juez no admite por decreto, emitido de conformidad con el Canon 1590, § 2, una prueba, bien porque no la considera relevante o pertinente en ese supuesto, o bien porque la propia ley la excluye, se le otorga a la parte que ha presentado la prueba rechazada, el *derecho de apelación*, que se ejerce ante el mismo Juez que ha rechazado ese medio de prueba. Tal cuestión incidental, se debe concluir *expeditissime*, en el menor tiempo posible para evitar que las partes acudan al ejercicio de este medio con la finalidad de ocasionar dilaciones.

La exclusión de la prueba en el proceso eclesiástico tiene una mera relevancia canónica, tal y como afirmó la Casación italiana –secciones conjuntas civiles– en la resolución 14839/2011, de 6 de julio, donde se establecía que la actividad ejercida por el Juez eclesiástico en el proceso canónico –en el cual, como es lógico, el Juez se ajustará a lo establecido en las reglas procesales canónicas–, no podrán ser objeto de una evaluación o control por el Juez del Estado mientras esa actividad se encuentre dentro del propio marco del proceso canónico. Ello se justifica en virtud de la reserva exclusiva de la jurisdicción eclesiástica sobre la violación de las leyes eclesiásticas expresadas por el Canon 1401 del Código de Derecho Canónico, como en virtud de la regla de la separación e independencia de los órdenes, expresada por el art. 7 de la Constitución Italiana, una separación e independencia que constituyen la esencia del principio de la laicidad del Estado.

Sólo hay dos supuestos en los que la actuación del Juez de la Iglesia puede tener relevancia en el ordenamiento estatal:

- Cuando tal actuación pueda constituir delito.
- Cuando, a través de tal actuación, se vulneren los derechos fundamentales de las personas.

Ponencia: LA OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN: LAS DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

Ponente: D. José Francisco Etxeberria Guridi, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco

La Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación (OEI) en materia penal y su transposición al ordenamiento español mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de

Investigación, constituyen un hito en el proceso de consolidación del Espacio Europeo de Justicia, Libertad y Seguridad. Mediante estos instrumentos se aborda la trascendental cuestión relativa a la cooperación judicial penal en el ámbito específico de la obtención de pruebas en la delincuencia con dimensión transfronteriza. Hasta el presente, la cooperación judicial penal en el seno de la UE se ha basado en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Sin embargo, la Directiva 2014/41 y la Ley 3/2018 de transposición, incorporan un novedoso mecanismo de cooperación en el que conviven el mencionado principio de reconocimiento mutuo junto con el tradicional mecanismo de asistencia judicial entre Estados.

Esta dualidad tiene una razón de ser. En materia de obtención de pruebas adquiere un particular protagonismo el debido respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, pues con frecuencia, algunas medidas de investigación inciden en derechos del individuo de esa naturaleza. Esquemáticamente puede resumirse el diseño creado por la OEI de la siguiente manera: a) las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales están sujetas a un doble control de legalidad y de garantías, por un lado, las propias del Estado de emisión, y, por otro lado, también las propias del Estado de ejecución, pues la normativa sobre la OEI posibilita que en este último se someta la OEI también a un control de legalidad, ampliando de forma considerable los motivos de denegación de la ejecución de la orden; b) las medidas de investigación no restrictivas de derechos fundamentales se ajustan en su emisión y ejecución al ya consolidado principio de reconocimiento, siendo más limitadas las facultades de control y de denegación por parte del Estado de ejecución.

Este doble mecanismo que consagra la OEI es de aplicación paradójicamente a la obtención de perfiles de ADN. Todo depende de si el perfil genético que interesa se encuentra ya incorporado a una base de datos en el Estado de ejecución o no. En el primer supuesto se considera el perfil de ADN como información obrante en una base de datos y se aplica a la OEI el principio de reconocimiento mutuo. En el segundo caso, hay que proceder a solicitar la ejecución de una intervención corporal para obtener muestras biológicas y realizar el examen genético correspondiente sobre las mismas. En este caso se incide de forma directa en los derechos fundamentales del individuo afectado y se activan las garantías correspondientes, no sólo en el Estado de emisión, también en el de ejecución.

Ponencia: **PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL**

Ponente: **D<sup>a</sup>. Piedad González Granda**, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de León

En el marco de la Mesa Redonda “Las exclusiones probatorias en el entorno de la prueba electrónica en el orden jurisdiccional civil”, y bajo el título de *Problemas específicos del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil*, analiza la autora el objeto de su Ponencia desde una perspectiva que gira en torno a los siguientes tres parámetros. En primer lugar, el entorno de la prueba digital, como

especialidad –en sentido amplio– de la prueba. En segundo lugar, el alcance de las exclusiones probatorias –es decir, de los efectos de la llamada Prueba prohibida– fuera del proceso penal, y en concreto en el proceso civil. Y en tercer lugar, y en estrecha relación con lo anterior, el ámbito de los poderes del Juez y de las partes en los actos probatorios, siempre en constante búsqueda de equilibrio, con algunos cuestionamientos concretos y específicos en el entorno digital.

Con ese escenario de fondo –apasionante y bien trabado, en la medida en que dichos tres parámetros se caracterizan por su permanente construcción y revisión, dado el estado actual de la ciencia del Derecho Procesal–, el orden expositivo gira en torno al marco específico del acceso a las fuentes de prueba digital en el orden jurisdiccional civil, en lo que tiene de contrapuesto al orden jurisdiccional penal, y en consecuencia algunos de los problemas que se exponen son comunes a todos los órdenes con excepción del penal, precisamente por razón de lo que tienen en común *frente a* aquel, aún dentro de las especificidades propias de cada uno.

Se estructura la exposición en tres apartados, analizándose en el primero de ellos la dificultad que representa para las partes procesales el acceso a las fuentes de prueba digital sin vulneración de derechos fundamentales, dada la inexistencia de una fase investigadora. Para ello, se adentra la ponente en el entorno específico de la prueba digital en relación con los poderes del Juez y de las partes; analiza el alcance de las exclusiones probatorias fuera del proceso penal y en concreto en el proceso civil; y se plantea por último la posible repercusión de la doctrina *Falciani* en su aplicación a la obtención de fuentes de prueba por particulares fuera de la órbita del orden penal.

En el segundo apartado, sugiere la autora otro enfoque del juego de poderes del Juez y de las partes en acceso a las fuentes de prueba, a propósito de dos recientes dictámenes de la Comisión Ética Judicial del Consejo General del Poder Judicial, que dan respuesta precisamente a la cuestión planteada en sendas consultas, que no es otra sino qué pasa con el uso de Internet por parte del Juez para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia en el proceso no penal.

Y por último, se cuestiona la autora si estamos avanzando hacia el modelo del *Discovery*, y en concreto si avanzamos hacia el modelo del *Electronic-Discovery* (*e-Discovery*) del *Common Law*, y si ello es deseable si la respuesta es sí, o si deberíamos avanzar en esa dirección si la respuesta es que no estamos avanzando en esa dirección. Al efecto, y tras la exposición breve del concepto de tales instituciones, enuncia la autora diversas razones que dan a entender que sí deberíamos avanzar en esa dirección, que pueden sintetizarse en la inoperancia de los instrumentos “paralelos” en nuestro sistema jurídico. Seguidamente procede a valorar los factores que refuerzan actualmente el acceso por las partes a las fuentes de prueba en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos la superación del Proceso civil adversarial a ultranza, la política legislativa de la Unión Europea y por último la incidencia de la globalización en la petición de *Discovery* a los Tribunales de EEUU desde países del *Civil Law* (con la mención específica de un reciente asunto planteado por ciudadanos españoles).

Concluye, finalmente, la Ponencia con la exposición de algunas Conclusiones.

Ponencia: **DILIGENCIAS INTRUSIVAS Y PRUEBA ILÍCITA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL EN EL ORDENAMIENTO CHILENO**

Ponente: **D. Raúl Núñez Ojeda**, Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

En primer lugar, es preciso presentar el panorama actual de las diligencias intrusivas (o limitativas de derechos fundamentales) y la institución de la prueba ilícita en el campo del Derecho Procesal Penal. El análisis, además, se centra especialmente en los problemas que presenta la evidencia digital. Por lo señalado con anterioridad, se aborda la institución de los “hallazgos casuales” en las diligencias investigativas de incautación e interceptación de las comunicaciones digitales en Chile.

Así las cosas, luego de efectuar un breve análisis del principio de proporcionalidad y su relevancia en el tratamiento argumentativo de las diligencias intrusivas, se procede a abordar los hallazgos casuales desde una triple consideración: en primer término, realizando un análisis conceptual y metodológico de los hallazgos casuales en consideración a sus principales manifestaciones en el Derecho comparado, particularmente en Alemania, Italia y España; en segundo término, examinando los hallazgos casuales en Chile y sus manifestaciones jurisprudenciales más significativas, a partir de los artículos 215 (referido a la *diligencia de entrada y registro*) y 223 (relativo a la *interceptación de comunicaciones telefónicas*) del Código Procesal Penal; y, por último, abordando los hallazgos casuales de las comunicaciones digitales en Chile, sus problemas prácticos más relevantes, así como sus posibles formas de solución.

Comunicación: **LA IDENTIFICACIÓN GENÉTICA Y FENOTÍPICA DEL AUTOR DEL DELITO. SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL**

Comunicante: **D<sup>a</sup>. Susana Álvarez de Neyra Kappler**, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

La determinación y el aseguramiento del autor de la comisión de un hecho delictivo siempre ha sido un objetivo prioritario del proceso penal, para de este modo poder perseguir dicha conducta y satisfacer así el interés social en el castigo del infractor. Por ello ha sido una constante la preocupación de la identificación del delincuente, avanzándose en las técnicas destinadas a lograr dicho objetivo, más allá de la no siempre fiable –ni existente– prueba testifical, que se había alzado como la *Regina probatorum*. Y es que cada vez se confía más en los avances de la ciencia, que ayudan a hallar la verdad formalizada de los hechos.

Dicho objetivo no puede suponer en ningún caso que se les atribuya a las nuevas pericias un valor probatorio del que en ocasiones carecen, pues ello vulneraría, no sólo principios del proceso penal, sino verdaderos derechos procesales constitucionalizados. Es frecuente que el desconocimiento de las nuevas técnicas suponga darles un valor

desmedido e inadecuado a sus resultados. Por tal motivo resulta fundamental que los operadores jurídicos tengan los conocimientos apropiados y suficientes para evitar incurrir en incorrectas valoraciones que chocarían con el debido proceso penal. No se puede pretender convertir a los peritos en jueces ni a los jueces en peritos, pero el conocimiento de quien va a imponer una pena que puede restringir el valor esencial de la libertad, debe ir acorde con los avances científicos y con el valor que se les da a sus resultados. Más allá de la prueba lofoscópica o, incluso, del uso del ADN en el proceso penal, se ha producido en los últimos tiempos una auténtica revolución en el ámbito de la genética forense, con el uso del fenotipado, que *amenaza* con dar a conocer, de una simple muestra genética, el origen biogeográfico de las personas, así como determinados rasgos físicos, que ayudarían a estrechar el círculo de los potenciales sospechosos de la comisión de un delito.

Comunicación: **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA OBTENCIÓN, CESIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MATERIA PENAL**

Comunicante: **D<sup>a</sup>. María Elena Laro-González**, Investigadora Contratada Predoctoral del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla (FPI MINECO)

Desde hace algún tiempo las políticas europeas han puesto el foco de atención en la protección de los datos personales y en el intercambio de dichos datos en aras a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales. Como consecuencia de ello, estas prioridades han quedado plasmadas en la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y sobre la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Las previsiones de la Directiva 2016/680/UE han venido precedidas de una importante jurisprudencia del TJUE, que ha sido decisiva en la elaboración de este texto normativo. De especial relevancia resultan las siguientes sentencias: la STJUE, de 8 de abril de 2014, en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, que tiene su origen en peticiones de cuestiones prejudiciales planteadas por Irlanda y Austria; la STJUE, de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, que tiene su origen en peticiones de cuestiones prejudiciales planteadas por Suecia y Reino Unido; y, la STJUE, de 2 de octubre de 2018, en el asunto C-207/16, que tiene su origen en las cuestión prejudicial planteada por la AP de Tarragona. En dichas sentencias se analiza la posible injerencia en los derechos de los investigados, conforme al principio de proporcionalidad.

Por su parte, el art. 4.1 de la Directiva 2016/680/UE enumera los principios rectores de la obtención, cesión y tratamiento de datos personales, lo cual viene a poner de manifiesto que la medida de investigación esté sujeta a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. No obstante, el art. 4.2 de la Directiva 2016/680/UE excepciona lo dispuesto en el art. 4.1, es decir,

que se permite el tratamiento de los datos para el mismo fin pero en distinta causa penal. Esta excepción al principio de especialidad hay que ponerla en conexión con lo dispuesto en el art. 588 bis i) de la LECrim.

Por otra parte, debemos analizar el art. 588 ter j) de la LECrim, relativo a la incorporación de los datos electrónicos de tráfico o asociados, en cuanto al control de proporcionalidad atendiendo a la gravedad del delito. Del mismo modo, resulta necesario la valoración del requisito de la gravedad del delito en el análisis del art. 588 ter m) de la LECrim, el cual regula la medida de investigación tendente a la identificación de los titulares de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación. Sobre ello, resulta relevante la interpretación de la Circular 2/2019, de la FGE, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Comunicación: **LA EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS MENORES EN REDES SOCIALES COMO PRUEBA PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD**

Comunicante: **D<sup>a</sup>. Cristina Llamas Bao**, Profesora Asociada de Derecho Administrativo de la Universidad de León. Abogada del ICAL

Cada vez es más frecuente, querer inmortalizar a través de fotografías y vídeos, los buenos momentos que hemos compartido con nuestros familiares y amigos, y hacer partícipes a los demás de ello. Pero el problema viene cuando, quienes figuran en esas fotografías y vídeos, son los hijos que son menores de edad.

La publicación en redes sociales de fotografías de los hijos y especialmente, menores de edad, ha pasado de ser el origen de una discusión familiar a utilizarse como principal argumento de las demandas en los procesos de familia, en particular, en aquellos en los que se discute lo relativo a la patria potestad.

Antes de contemplar con detalle esta problemática actual, se ha realizado un breve análisis jurisprudencial de los conceptos de titularidad de la patria potestad [SAP de Vizcaya (Sección 4<sup>a</sup>) núm. 389/2019, de 6 de marzo, F.J 2º, (JUR 2019\170806)]; ejercicio [ AAP de La Rioja (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 150/2018, de 5 de diciembre (JUR 2019\37872)]; y privación de ésta [STS 14/2017, de 13 de enero (RJ 2017\15)].

Mención especial merece la SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 356/2018, de 6 de julio (JUR2018\273535). Del estudio detallado de la misma se pueden extraer varias cuestiones: en primer lugar, que la publicación de las fotografías de una menor en redes sociales, implica una vulneración de su derecho a la propia imagen; en segundo lugar, que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez así lo permiten. Sin embargo, merece mención el hecho de que en esta sentencia no se termina de especificar qué se entiende por madurez, un problema que también encontramos en los procesos matrimoniales; en tercer lugar, que son los padres o tutores quienes respetarán los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de sus hijos; y en cuarto lugar, para este Tribunal la decisión de publicar o no la fotografía de la menor constituye un asunto que, aunque no

sea de «urgente necesidas», sí es de «especial trascendencia» y que requiere, por tanto, del consentimiento de ambos progenitores.

Comunicación: **EL VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA DE UN ORDENADOR DE USO COMPARTIDO: A PROPÓSITO DE LA STS 287/2017**  
Comunicante: **D<sup>a</sup>. María del Pilar Martín Ríos**, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla

Se procede a analiza el valor probatorio que puede atribuirse, en el seno de un proceso penal, a la aportación de datos alojados en un dispositivo de almacenamiento masivo de información digital. Para ello, habremos de tener presente que el debido respeto al “derecho al propio entorno virtual o digital” –derecho fundamental de nueva generación, fruto de una construcción doctrinal y jurisprudencial– operará como límite a este género de actuaciones. Podremos, asimismo, trazar algún paralelismo entre este novedoso derecho y el “derecho al domicilio informático” italiano.

Con independencia de la importancia que pudiera revestir quién realizase tal aportación probatoria (fuera un particular –usuario o no de dicho dispositivo–, fuera un agente de la autoridad), la principal finalidad de nuestro estudio es examinar la concurrencia de una circunstancia peculiar: que los dispositivos de donde se extrajese la información que pretende usarse en el proceso fuesen de uso compartido. Para tal fin, examinaremos críticamente la STS 287/2017, de 19 de abril, lo que nos permitirá conocer –y objetar– cuál es la postura de nuestro Tribunal Supremo respecto de la protección de que es merecedora la información allí ubicada.

Comunicación: **EXCLUSIONES PROBATORIAS A INSTANCIA DE LA PERSONA JURÍDICA**  
Comunicante: **D. Felipe Pérez del Valle**, Profesor Asociado de Derecho Procesal Penal de la Universidad de León. Abogado del ICAL

Los medios de investigación electrónica autorizados por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, implican un altísimo nivel de agresión en la esfera de la persona sospechosa de haber cometido un delito. Así que, para evitar una posible dictadura tecnológica a manos de ciertos “poderes”, se ha de limitar ese uso ilimitado de tales facultades de investigación mediante un “uso adecuado del Derecho”, salvaguardando los derechos fundamentales y las libertades públicas, a través de las exclusiones probatorias de la investigación y prueba electrónica que vulnere cualquier derecho fundamental, teniendo en cuenta, también, del que empieza a denominarse “derecho al entorno virtual”, tanto del ciudadano individual como del grupo o colectivo constituido válidamente, incluyendo a la persona jurídica, ya sea de pequeña o gran dimensión.

Debido a ello, establecida la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión, así como el reconocimiento de que goza de determinados derechos fundamentales, entre ellos algunos de los regulados en el artículo 18 de la Constitución, por tanto, al regir para ella los mismos principios penales que para la persona física, en el supuesto de estar sometida a algún medio de investigación limitativa de los derechos reconocidos en el art. 18 CE, podrá instar la exclusión de una prueba ilícitamente obtenida en base al art. 24. 2 CE y 11. 1 LOPJ.

Comunicación: PROCESO PENAL Y VOLATILIDAD/MUTABILIDAD DE LAS FUENTES DE PRUEBA ELECTRÓNICAS: SOBRE LA CONVENIENCIA Y EL MODO DE ASEGURARLAS EFICAZMENTE

Comunicante: D<sup>a</sup>. Eva Isabel Sanjurjo Ríos, Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal de la Universidad de León

En un corto período de tiempo hemos pasado de una sociedad en la que todos realizábamos un muy escaso o limitado uso de la informática o de cualquier dispositivo electrónico, a un período en el que cada vez resulta más difícil “desengancharse” de la tecnología e informática. Y todavía más de Internet, fuente instantánea y abundantísima de información.

El mundo del Derecho no ha sido ajeno a esta realidad y, por ende, tampoco el Derecho Procesal Penal. En escaso tiempo, el proceso penal ha visto cómo las nuevas tecnologías de la información y comunicación han dejado su impronta en él de dos formas diferentes, a la par que no excluyentes entre sí: como medio para la comisión de hechos delictivos (la llamada “*ciberdelincuencia*”); y como instrumento esencial para la investigación del delito y su autoría, sin obviar su utilidad como prueba de la acusación o de la defensa.

Como resultado de lo anterior, resulta harto frecuente que durante la sustanciación de la fase de instrucción de un proceso penal surja la necesidad de acceder a una determinada información electrónica, independientemente del soporte en el que se halle. Y más aún, la premura de su custodia procesal, en cuanto que las fuentes de prueba digital se caracterizan, precisamente, por la altísima rapidez con la que pueden desaparecer de la red o del soporte que las almacenan (volatilidad) y su sencilla modificación por parte de quienes tienen unos conocimientos mínimos en materia informática o tecnológica (mutabilidad).

La constatación de esa volatilidad y mutabilidad de las fuentes probatorias digitales justifica esta breve investigación, a fin de poder profundizar sobre las medidas procesales adecuadas para garantizar la autenticidad e integridad de aquéllas y evitar que la alta volatilidad y la sencilla mutabilidad se convierta en un verdadero escollo durante el enjuiciamiento de cualquier conducta delictiva. Singularmente, imposibilitando que dicha fuente sea aportada y propuesta como prueba durante la fase del juicio oral.

Finalmente, la comunicación presentada se estructura en torno a dos supuestos distintos, en función de si la fuente de prueba digital es introducida por alguna de las partes durante la instrucción o, en cambio, es resultado de la actividad investigadora de la autoridad judicial. Para el examen de cada uno de ellos, y en la medida de lo posible, se parte de la regulación legal existente al efecto en la decimonónica LECrim, resultando oportuno también reparar en algunas de las importantes y loables –no todas– reformas procesales que se introdujeron en el 2015 sobre dicha Ley.

Comunicación: **LA CADENA DE CUSTODIA EN LA PRUEBA DIGITAL: ESPAÑA VS. EEUU**

Comunicante: **D<sup>a</sup> Margarita Simarro Pedreira**, Doctoranda del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de León

La correcta conservación de la cadena de custodia cuando se trata de las evidencias digitales es una cuestión que ha planteado muchos problemas en la práctica debido a la gran cantidad de formas de comunicación existentes en la actualidad, la volatilidad de los datos, la dificultad para identificar la veracidad de los mismos y los avances de la tecnología.

La cantidad de datos que circulan por el ciberespacio puede afectar a los derechos reconocidos en el art. 18 de nuestra Constitución, así el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos de carácter personal, pero también afectan a otros nuevos derechos acuñados por la jurisprudencia como son el derecho al entorno digital o derecho al olvido digital que deberían tener acogida de forma independiente en nuestra Constitución.

La cadena de custodia se torna fundamental para que la prueba digital llegue al proceso con las máximas garantías de autenticidad, de ahí que sea imprescindible que se cumplan unos protocolos estrictos de manipulación, conservación y custodia. Sin embargo, en nuestro país existe una falta de regulación específica que determine la metodología a seguir en cuanto a su aseguramiento. Si bien existen algunas normas de carácter administrativo aisladas y algunos artículos de la LECrim que se refieren a la prueba en la investigación tecnológica no contemplan aspectos específicos de cómo realmente se tiene que llevar a cabo esa recogida y conservación de vestigios digitales.

En España, y hasta que no se promulgue una legislación específica al respecto, hay que remitirse a la doctrina para poder encontrar un proceso escrupuloso en materia de cadena de custodia y, en especial, de la que se debe de aplicar a la prueba digital.

En EEUU la situación es muy diferente, a pesar de tratarse de un Estado Federal en el que coexisten dos sistemas judiciales diferentes (el Federal aplicable a toda la nación y el Estatal en el que cada Estado tiene su propia legislación), sí existe una norma federal, *La Federal Rules of Evidence*, y varias guías elaboradas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos que son utilizadas tanto por la policía como por las diversas Agencias Federales a la hora de recabar muestras que se refieren específicamente a la cadena de custodia de la evidencia digital.

## ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL HISPANO-BRASILEÑO: HACIA UNA JUSTICIA MÁS EFICAZ

En las Facultades de Derecho y Ciencias del Trabajo de la Universidad de León se celebró el día 14 de octubre de 2019 el *Congreso Internacional Hispano-Brasileño “Hacia una justicia más eficaz”* bajo la dirección de la Profa. Dra. Dra. Dña. Gema Vallejo Pérez. También, estuvo presente, en calidad de representante de las Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, el Prof. Dr. D. David Carrizo Aguado con el fin de poner en marcha el Convenio Marco con la *Universidade Estácio da Sá* para lograr que el conjunto de alumnos y profesores de los Grados en Derecho, Relaciones Laborales y Recursos Humanos y los respectivos másteres de ambas facultades, puedan realizar movilidad entre ambas instituciones, o bien, a través del programa AMICUS, o bien, con el fin de realizar estancias docentes y/o investigadoras en la citada institución universitaria.

El conjunto de ponencias tuvieron como propósito dar a conocer a los participantes cuestiones prácticas que les puedan servir de cara a su futuro profesional, y que susciten en ellos capacidad crítica, desarrollo cognitivo y creatividad en la búsqueda de soluciones justas para gestionar los diversos conflictos en el plano jurídico.

El amplio e interesante contenido de las conferencias pronunciadas en el marco del Congreso Internacional se resume a continuación con las aportaciones realizadas por los propios ponentes.

Título de la Ponencia: **LA JURISDICCIÓN COMO ELEMENTO DE INCLUSIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Carlos Alberto Lima de Almeida**

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá

El tema “La jurisdicción como elemento de inclusión y protección social” desafía nuestro pensamiento como profesionales en el campo del derecho desde diferentes perspectivas. Los derechos sociales en la Constitución brasileña de 1988 incluyen educación, salud, alimentación, trabajo, vivienda, transporte, ocio, seguridad, seguridad social, protección de la maternidad y la infancia, asistencia a los desamparados. Para este Congreso Internacional Hispano-Brasileño –Hacia una

Justicia más eficaz— presentaré dos casos relacionados con el ejercicio de jurisdicción en conflicto de intereses con personas con discapacidad.

El primer caso que presento está relacionado con la ley federal brasileña que determinó el transporte público gratuito para personas con discapacidad. La referida ley fue impugnada ante el Tribunal Supremo alegando que al instituir el beneficio la legislatura no había indicado la fuente de financiación correspondiente. La tesis ganadora fue que el concesionario de servicio público, al igual que soportaría las bonificaciones correspondientes de la concesión pública, también debería soportar las cargas correspondientes. En ese juicio, se enfatizó la importancia de integrar a las personas con discapacidad en la sociedad y el transporte público gratuito les proporcionaría movilidad y una mayor capacidad de integración. En este contexto, el ejercicio de la jurisdicción se centró en la dignidad de la persona humana. Más recientemente, una nueva ley federal, el Estatuto de la discapacidad, la Ley de inclusión brasileña, ha asegurado que las personas con discapacidad puedan inscribirse en instituciones educativas regulares. Nuevamente la pregunta fue llevada a la Corte Suprema, esta vez por iniciativa de la representación de la categoría económica. La representación de las escuelas privadas afirmó que no podían incluir a las personas con discapacidad, ya sea por la falta de estructura física o por la falta de recursos humanos especializados. En la decisión emitida por la Corte Suprema, el voto de conducción enfatizó la necesidad de observar el Principio de Solidaridad. Esto se debe a que el ministro relator interpretó las disposiciones de la Constitución brasileña como un principio rector de toda la sociedad.

La Constitución brasileña presenta, entre otros principios fundamentales, el de construir una sociedad libre, justa y solidaria. En este contexto, la solidaridad debe ser vista como un deber social, para promover el bien de todos, sin perjuicio de ningún tipo, llegando también a las personas con discapacidad. Podemos interpretar que en ambos casos se produjo el ejercicio de la jurisdicción centrada en la inclusión social. ¿Debería abordarse la jurisdicción como un elemento de garantía de inclusión y protección social? Desde la perspectiva del enfoque que presento, especialmente para el reflejo de la realización de los Derechos Sociales Fundamentales, deberíamos tener como guía la dignidad de la persona humana, especialmente cuando está sometida por intereses económicos. Las decisiones brasileñas que garantizaban el transporte público gratuito para las personas con discapacidad y su inclusión en las escuelas convencionales son ejemplos de cómo el ejercicio de la jurisdicción puede (y en mi opinión debería) orientarse hacia la inclusión y la protección social.

Título de la Ponencia: **DERECHOS vs. DEBERES HUMANOS: ¿QUE NOS OLVIDAMOS?**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Fernando de Alvarenga Barbosa**

Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, por la Universidad de Burgos/España, 2008. Pós-Grado en Derecho Tributario, por UNESA, 2002 y Gestión de los Procesos Educativos: Administración y Supervisión Escolar, por UERJ, 2014. Grado en Licenciatura Plena en Educación Física por UFRJ, 1984 y Derecho por la Universidad Estácio de Sá, 2001

Hoy por hoy, todos hablan siempre en DDHH. La Academia, por su función de investigación y divulgación de los estudios. Alguien ya se preguntó ¿qué significa eso? ¿De qué estamos hablando? O ¿ya nos olvidamos que aporta la expresión? Recordando los términos: el derecho es lo que sigue la ley y las buenas costumbres; lo que es justo, correcto. El humano, es relativo al ser humano o propio de su naturaleza, como flaquezas y virtudes. ¿Solo tenemos derechos? A nadie más importa los deberes, ¿no hay? Eso se quedó en un momento lejano en la historia. Dejamos de mirar algunas cosas y desarrollamos algunas generaciones, sin pensar en eso. El debate está en los derechos. No si niega la necesidad de ellos. Se propone: volvamos a pensar en la responsabilidad de cada ser humano, con sus pares, con su ciudad, con su país y, por supuesto, con la Tierra.

Los deberes significan: estar obligado a devotarse, una obligación moral o práctica, una regla imposta por la ley, pelos usos y costumbres. A los derechos les nombramos fundamentales, naturales, del hombre, individuales, de libertades, etc. ¿Y a los deberes? ¿Si pone algún nombre? ¿Son los mismos de los derechos? Parece que nos olvidamos que “La causa de la crisis ecológica está en el ser humano, en su agresividad, la que después de la “victoria” sobre la naturaleza resultó ser destructiva para él mismo” (La Paz Gaia).

Buscamos Mediación, porque generamos Conflictos. Creamos una Sociedad del Miedo (Heinz Bude, 2017). Permitimos, aceptamos cambios en las relaciones cada vez más líquidas, sin profundizar nada (La modernidad Líquida, de Zigmund Bauman, 1925-2017). Nos dejamos llevar por la estrategia de consumo o de lo que nos hablan, ya no se piensa por uno mismo (Las diez estrategias de Manipulación Mediática, de Noam Chomsky, 2010). La estrategia de la distracción; Crear problemas y después ofrecer soluciones; La estrategia de la gradualidad, entre otras, son las manipulaciones, que sacan de uno su posibilidad de raciocinio, inmerso que está en tanta información/distracción.

El concepto de vivir en paz, con uno mismo, con la sociedad que le está cerca, se fue. Esperamos que venga, olvidando que debemos desarrollarla a cada día. Los deberes. Pensar la Paz es complejo, pero no imposible. Y si así fuera, solo tardaría un poco más, hasta que alguien pudiera decir: logre. Desde ay, Vasac, (1998) habla de “*La Complejidad del Concepto de Paz*”: “Para que haya un derecho humano (también a la Paz), hace falta que un derecho represente un valor cuya dimensión universal sea inequívocamente reconocida”. ¿Lo reconocemos? En realidad, “La paz es la

capacidade de tratar los conflictos con empatía, no con la violencia” (Johan Galtung, 1930). Si, podemos cambiar.

La DUDH, 1948, establece en el Artículo 26: 2. La educación tendrá por objeto el *pleno desarrollo de la personalidad humana*; (...) y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. El Informe de Delors para la UNESCO “*La educación encierra un tesoro*”, de 1996, trae: Jacques Delors: *objetivos de la educación del nuevo milenio: saber saber; saber hacer; saber ser y saber estar*. La necesidad de cambio en la visión del mundo de los agentes y agencias educativos. La Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Declaración (53/243) y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, 1999: “Puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, *es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz*”. Ay está nuestro trabajo.

Título de la Ponencia: **A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA VISÃO DA SUMA TEOLÓGICA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Lino Rampazzo**

Doutor em Teologia pela Pontifícia Università Lateranense (Roma). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor e Pesquisador no Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal – U.E. de Lorena (São Paulo). Coordenador do Curso de Teologia da Faculdade Canção Nova de Cachoeira Paulista (São Paulo)

O problema da propriedade é tratado na Segunda Seção da Segunda Parte da Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, dentro do tema mais amplo da Justiça e da Injustiça. Entre os vícios oposto à “justiça comutativa”, S. Tomás reflete em nove artigos “sobre o furto e o roubo” (*de furto et rapina*). O segundo destes artigos questiona “se é lícito possuímos uma coisa como própria”.

Na resposta à pergunta, Tomás, por um lado, afirma o direito de propriedade, quando fala do poder de administrar e de distribuir as coisas exteriores. De fato, cada um é mais solícito em administrar o que pertence só a ele do que o que pertence a todos ou a muitos. Além disso, as coisas humanas são tratadas melhor quando cada um emprega os seus cuidados em administrar uma coisa determinada. E, por fim, quando cada um está satisfeito com o que é dele, é mais fácil que haja paz entre os homens. Quando isso não acontece, aparecem “rixas entre os possuidores de uma coisa em comum e indivisamente”. Há, pois, muitos exemplos, na história, de revoluções surgidas do protesto daqueles que, não conseguindo satisfazer suas necessidades, tomavam posse dos bens alheios. A utilidade social, então, pelos argumentos que ele mesmo traz, exige a propriedade privada.

Quanto, porém, ao uso das coisas, “o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, de modo que cada um as comunique facilmente aos outros, quando delas tiverem necessidade”. De fato, a propriedade privada, o “possuir em separado”, não se funda no direito natural, mas antes na convenção humana, no

direito positivo. Por isso, age licitamente o rico, apropriando-se de uma coisa exterior que a princípio é comum, desde que partilhe das suas riquezas com os pobres.

A contribuição de Tomás de Aquino encontra-se na tentativa constante em distribuir da melhor maneira possível as “coisas externas”, as propriedades, para que todos os homens possam ter uma vida boa. Pode-se “possuir” propriedades sem, contudo, esquecer-se dos outros e ainda tendo consciência de que, na visão teológica, tudo pertence a Deus. Os homens que possuem propriedades não podem rogar para si o direito de acúmulo sem pensar em outros homens que nada possuem. Aparece aqui a função social da propriedade que encontra uma aplicação também na Constituição da República Federativa do Brasil (1988) através da expressão “direitos sociais”, nestes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Tais direitos só podem ser garantidos quando a propriedade está aberta à sua função social.

#### Referências

AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. 1988.

AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Corrêa. 2. ed. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. IV-V. Texto bilíngue: latim-português.

RAMPAZZO, LINO; NAHUR, M. T. M. *Princípios Jurídicos e Éticos em São Tomás de Aquino*. São Paulo: Paulus, 2015. 166 p.

Título de la Ponencia: **SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO TRIBUTARIO**  
A cargo de la: **Profa. Dña. Marta González Aparicio**  
Profesora Ayudante de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de León

La vigencia y aplicación del principio de seguridad jurídica, consolidado en el artículo 9.3 de la Constitución Española como una de las garantías básicas que deben regir nuestro sistema jurídico, viene siendo cuestionada durante los últimos tiempos por el elevado número de situaciones que parecen no adecuarse a este principio. Particularmente en el ámbito tributario, esta inseguridad jurídica para el contribuyente cada vez se aprecia de manera más evidente.

La inseguridad jurídica en el orden tributario tiene su origen, por un lado, en diversas reformas de las leyes fiscales efectuadas por el legislador en los últimos años, y, por otro, en la aplicación de criterios cambiantes por parte de la administración tributaria y de los propios tribunales de justicia. A continuación se expondrán varios ejemplos que ilustran esta situación.

En cuanto a las actuaciones del legislador que generan inseguridad jurídica, destaca la reforma de la Ley 58/2003. General Tributaria (en adelante, LGT), efectuada en el

año 2015 a través de la Ley 34/2015. Una de las principales modificaciones que introdujo esta Ley fue la inclusión en el texto de la LGT del artículo 66 bis y la modificación del artículo 115, que recogen de manera expresa el derecho a comprobar e investigar de la Administración, y le dotan de un carácter imprescriptible, con carácter general. El legislador establece este nuevo derecho de manera separada a los restantes derechos susceptibles de prescribir de la Administración, lo que ya resulta llamativo desde un punto de vista sistemático, pero lo verdaderamente destacable es el flagrante ataque que esta reforma representa para el principio de seguridad jurídica. La prescripción, como figura extintiva, tiene su fundamento esencial en el principio de seguridad jurídica, y así lo ha manifestado expresamente el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Este fundamento se observa especialmente en el caso de la prescripción tributaria, por el carácter público del acreedor, la Administración tributaria. Dotar de carácter imprescriptible a este nuevo derecho supone desvirtuar la propia esencia de la institución de la prescripción, que pretende evitar que la Administración tributaria pueda ejercer sus derechos con carácter ilimitado en el tiempo. Además la configuración de este derecho en exclusiva para la Administración vulnera el principio de igualdad, pues sitúa a la Hacienda Pública en una situación de clara preeminencia respecto al obligado tributario. Así, acogiendo el texto de los artículos de la LGT enunciados, 66 bis y 115, se plantea una situación en la que el contribuyente puede ser objeto de actuaciones de comprobación e investigación, cinco, diez, quince, veinte o más años después del nacimiento de la obligación tributaria. No cabe duda alguna de la negativa incidencia de esta situación en materia de seguridad jurídica.

En lo referente a las actuaciones doctrinales y jurisprudenciales que generan inseguridad jurídica, el número de ejemplos es amplísimo, siendo su denominador común los cambios de criterio que en el tiempo manifiestan los órganos de la administración y los órganos judiciales. Destacando la actuación de estos últimos, y, en particular, del Tribunal Supremo, como uno de los órganos situados en la cúspide del organigrama judicial, no hace falta ir muy atrás en el tiempo para encontrar casos en los que la seguridad jurídica resulta gravemente afectada. Uno de ellos es el ocurrido con la exención en el IRPF aplicable a las prestaciones por maternidad. El criterio administrativo era claro: no se consideraban exentas las rentas percibidas en concepto de prestación por maternidad por no considerarlas incluidas en el supuesto de exención regulado en el artículo 7 h) de LIRPF. Ante las diversas resoluciones recaídas en los Tribunales autonómicos en torno a esta cuestión, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de octubre de 2018 fija como doctrina legal que “Las prestaciones públicas por maternidad percibidas de la Seguridad Social están exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”. Sin embargo, hasta esta sentencia de 2018, a todos los contribuyentes que solicitaron la devolución de los importes retenidos les fue denegada tal solicitud. Esto supuso, que, a menos que el contribuyente iniciara la vía contencioso-administrativa, perdía toda posibilidad de recuperar esas cantidades porque la resolución de la Administración, al no ser recurrida, adquiría firmeza. Tras la sentencia de 2018, que ya obliga a la Administración tributaria a adoptar ese criterio, muchas personas se vieron en la situación de que, como ya habían reclamado en el año 2017 y se les había denegado la posibilidad de obtener la devolución, no podían reclamar nuevamente, por ser firme la resolución denegatoria. Ante esta situación y por la presión social que originó, la Administración tributaria finalmente

decide, apartándose de la legalidad de la LGT, devolver esas cantidades también a aquellos que habían obtenido una resolución firme desestimatoria. En definitiva, genera inseguridad jurídica la disparidad de criterios en los Tribunales autonómicos, incrementa esa inseguridad jurídica la disparidad de criterios en un mismo margen temporal entre distintos órganos, y tampoco ayuda a mejorar la situación la vía que utilizó el legislador para modificar el artículo 7 h) de la LGT e incluir expresamente la referencia a las prestaciones por maternidad y paternidad: la del decreto-ley.

Título de la Ponencia: **LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA POLÍTICA DE DROGAS**

A cargo de la: **Profa. Dña. Selene García de la Fuente**

Profesora Asociada de Derecho Eclesiástico del Estado y doctoranda becada de la Fundación Secretariado Gitano. Universidad de León

El ordenamiento jurídico español ofrece a los ciudadanos una garantía constitucional para el pleno desarrollo de derechos fundamentales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y la libertad de conciencia, sin más límite en sus manifestaciones que el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

El mismo ordenamiento contiene una serie de normas legales en el ámbito administrativo y penal de carácter prohibicionista en el ámbito de las drogas, exactamente en todas las conductas dirigidas a facilitar su tráfico y consumo. Además cuentan con apoyo de normas y organismos de carácter internacional.

Una de las drogas más usadas a lo largo de la historia es el cannabis, la cual está calificada por la Organización Mundial de la Salud, como una droga blanda e ilegal; concepto que actualmente ha querido ser modificado por la misma institución para así reconocer sus efectos terapéuticos, tal y como han corroborados centenares de estudios médico clínicos.

El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas, así como las sanciones administrativas relacionadas con el tipo, es la salud pública. El derecho de elección sobre el propio cuerpo de un individuo que decida consumir cannabis, así como la realización de las diferentes acciones de acuerdo a sus propias convicciones personales para finalmente conseguir un pleno desarrollo de su personalidad se ve limitado por el ordenamiento jurídico, justificando la prohibición en la salva guarda de la salud pública. Este bien jurídico no está en peligro en supuestos tales como el consumo personal y privado, así como el porte de la sustancia por vía pública; circunstancias sancionadas administrativamente.

El individuo de dicha situación se encuentra bajo una inseguridad jurídica, máxime si el consumo que realiza de la sustancia es para fines medicinales, encontrándose en la esfera de la delincuencia por el simple hecho de querer tratarse con una planta, legalmente inaceptada.

Son muchos los países y estados que han cambiado su legislación en lo que a la legalización del cannabis se refiere, algunos hasta han regularizado el uso terapéutico y el recreativo, cambio necesario en España debido al contexto económico, político y social que vive el país.

Título de la Ponencia: **LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL ÁMBITO JUDICIAL**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Javier Fernández-Costales Muñiz**

Catedrático EU (integrado en TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León

La Prevención de Riesgos Laborales se erige como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La legislación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo encuentra su razón de ser en la protección del trabajador frente a los riesgos para su salud e integridad física a los que se verá expuesto en el desarrollo de su prestación de servicios.

La salud constituye uno de los valores esenciales en las sociedades actuales, hasta el punto de llegar a condicionar de forma determinante otros bienes, siendo eje de la calidad de vida y del progreso, tanto social como económico. El trabajo, en cuanto actividad humana, es una de las variables que influyen en la salud. Así, los conceptos de trabajo y salud adquieren una diferente y más amplia dimensión si se valora su mutua influencia, ya que ambos inciden en el otro de forma tanto positiva como negativa. El primero contribuye al progreso personal y social de la persona y puede constituir un factor que apoye el desarrollo integral del trabajador, aunque también puede resultar perjudicial, en la medida en que se erige en fuente de riesgo laboral y es capaz de provocar daños a la persona. Por su parte, la segunda facilita el despliegue y crecimiento de las capacidades y potencialidades humanas, permitiendo mejorar la ejecución de la prestación de servicios y, a un tiempo, su ausencia hará descender la productividad, afectando al sujeto, a la empresa y a la sociedad en su conjunto.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales posee ya años de andadura y se encuentra firmemente asentada en el ordenamiento jurídico español, si bien ni mucho menos cabe afirmar a día de hoy que sus objetivos estén plenamente cumplidos, no en vano la realidad empresarial y las estadísticas de siniestralidad laboral vienen a demostrar rotundamente lo contrario. A pesar de afrontar la seguridad y salud desde una perspectiva integrada, sus carencias en algunos ámbitos son notables, y la dificultad de aplicación de algunos de sus contenidos, que provocó su reforma, entre otras normas, por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, así lo demuestra. Sin embargo, el balance debe ser positivo, y aun cuando aún existen dificultades para su aplicación efectiva en ciertos sectores, en el camino recorrido existen más luces que sombras, tendencia que sin duda se verá fortalecida en el futuro.

La coyuntura de crisis frustró muchas perspectivas y expectativas al respecto. La clara precarización de las condiciones de vida y de trabajo es un factor más que real de riesgo para la seguridad y salud laboral. El progresivo deterioro de las condiciones de trabajo y los problemas generados por la propia incertidumbre, entre otros factores, han hecho aparecer lo que se llaman riesgos emergentes y otras patologías relacionadas con factores psicosociales, así como los riesgos medioambientales y ergonómicos, y ello a pesar de que constituye una evidencia clara que la mejora de las condiciones de trabajo reduce el coste derivado de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales y, por tanto, debería servir de catalizador para el incremento de la productividad de las empresas, el crecimiento económico, la generación de empleo en nuestro país y para mejorar la calidad de vida de los trabajadores.

Aunque la cultura de la prevención ha empezado a extenderse en nuestra sociedad, aún no está suficientemente instalada en nuestro país, sigue sin ser un elemento importante no solo en la estrategia empresarial, sino también en la mentalidad de los trabajadores. La actividad preventiva requiere de un seguimiento permanente y un perfeccionamiento continuo, proceso que debe ser gestionado por la empresa. Es una combinación de factores, permanencia y perfeccionamiento que resultan incompatibles con una atención u observación puntual, realización de actividades concretas o un mero cumplimiento formal de las obligaciones, en tanto que si se interpreta así se revelarán como ineficaces para garantizar la seguridad integrada.

Título de la ponencia: **LOS ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES (AMIS) COMO GARANTÍA DE UNAS CONDICIONES LABORALES DIGNAS**

A cargo del: **Prof. Dr. D. José Gustavo Quirós Hidalgo**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

La evolución de los sistemas productivos y la internacionalización de las empresas que han tenido lugar desde la segunda mitad del siglo pasado ha venido implicando desde entonces, en muchos casos bajo la lógica del ahorro de costes, la proliferación de grupos multinacionales de muy diversa tipología (mediante filiales o a través del control de proveedores y contratistas) que operan a la vez en multitud de países, quedando por tanto sometidas en cada uno de ellos a una legislación laboral heterogénea y harto dispar en cuanto a las condiciones laborales mínimas. Por ello, la escasa o nula relevancia de la negociación colectiva a nivel supranacional fue solventada inicialmente por el establecimiento unilateral de Códigos de Conducta, al calor de la incipiente aparición de la responsabilidad social corporativa y con la finalidad de no perjudicar la imagen de marca, para dotar de unas normas jurídico-laborales mínimas y homogéneas a todas las unidades integrantes del entramado empresarial. En un paso más, tras reconocer legitimación a las federaciones sindicales internacionales, y fomentando así su desarrollo y fortalecimiento, comenzaron a negociarse en los años ochenta instrumentos bilaterales, bajo la usual denominación de Acuerdos Marco Internacionales (AMIs), con un crecimiento exponencial a partir del nuevo siglo y hasta alcanzar los cerca de trescientos que hoy día existen, en su

mayoría en el ámbito europeo (Francia, Alemania, Italia, España, Noruega, Suecia...), pero también en otros países como Estados Unidos, Brasil, Japón, Indonesia o Rusia.

Atendiendo a los términos empleados por la propia Unión Europea y por la OIT, cabría definir los AMIs como acuerdos de compromiso recíproco negociado y alcanzado entre los representantes de una empresa o grupo multinacional y una o más federaciones internacionales de sindicatos que regula las condiciones de trabajo y empleo y las relaciones colectivas con un alcance transfronterizo y homogéneo para todos aquellos Estados en los que opere la compañía, por lo que es preciso diferenciarlos de los Códigos de Conducta de los que deriva y de los acuerdos sectoriales internacionales, con ejemplo paradigmático en el Acuerdo de Bangladesh.

La discutida naturaleza jurídica de tales instrumentos, la falta de efectiva representatividad entre los negociadores y sus destinatarios, así como la inexistencia de un marco jurídico de referencia suponen obstáculos para su catalogación como auténticos convenios colectivos, lo que no impide atribuirles carácter contractual y, en mayor o menor medida, fuerza vinculante.

En este sentido, su negociación suele quedar asumida por representantes de la empresa multinacional y, lo que es más importante, extendiendo en su caso su aplicación a las filiales o a las empresas que forman parte de la cadena de suministro, ya directamente ya como requisito para entablar o mantener relaciones comerciales, aun cuando no estén estrictamente representadas en la interlocución. Por parte de los trabajadores, y con similares reparos a su legitimación, suelen ser aprobados por alguna o varias de las federaciones sindicales internacionales, generales y/o específicas del correspondiente sector de actividad, siendo habitual que intervenga adicionalmente algún sindicato representativo del país de la empresa matriz, el comité de empresa europeo o un órgano de representación unitaria global.

Más allá del casuístico procedimiento de negociación, normalmente iniciado a instancia de la parte social y ajustado al protocolo de la organización sindical interviniente, lo verdaderamente relevante del acuerdo marco viene dado por su contenido, en el cual se reconocen una serie de derechos básicos a partir de su expresa inclusión o por remisión a los Convenios de la OIT –entre otros instrumentos–, para en su caso concretar un mayor nivel de protección en materias como –por ser las más habituales– salario, tiempo de trabajo y descansos, formación, seguridad y salud, prevención del acoso o igualdad y no discriminación, siempre con respeto de la normativa local en tanto resulte más favorable. En definitiva, marcan un suelo mínimo en las condiciones laborales aplicables a todos los trabajadores afectados con independencia del país, que en unos casos quedará superado por el ordenamiento jurídico nacional pero en otros permite asegurar un trabajo digno.

Finalmente, la efectiva aplicación de sus previsiones pretende quedar asegurada mediante diversos mecanismos de seguimiento y control. A tales efectos, y sin perjuicio de los compromisos para su difusión y conocimiento por las empresas y los trabajadores incluidos en su ámbito, articulan en primer lugar un diálogo social permanente a través de reuniones periódicas o residenciado en un órgano mixto y

paritario, contando en su caso con auditorías o inspecciones capaces de aportar la información necesaria; en segundo término, y ante eventuales incumplimientos del acuerdo, instauran procedimientos de reclamación por parte de los trabajadores o de los sindicatos en sucesivas fases –desde el nivel local hasta llegar a la matriz– que, ante la general dificultad de judicializar el conflicto, suele encontrar solución mediante la rectificación unilateral de la empresa, la intervención de órganos bilaterales creados al efecto o, en el mejor de los casos, a través de la conciliación, mediación o arbitraje de un tercero, siendo este el auténtico reto de futuro de los AMIs –junto al paulatino crecimiento y mejora de su contenido–, en el cual resulta deseable un papel preponderante de la OIT para avanzar además en su aproximación a una verdadera negociación colectiva transnacional.

Título de la ponencia: **BINOMIO DEMOCRACIA-TUTELA DE LOS DERECHOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: EQUILIBRIO CON LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL**

A cargo de la: **Profa. Dra. Dña. M<sup>a</sup>. Nieves Alonso García**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional. Universidad Isabel I

En el sistema europeo de garantía de los derechos humanos el nexo entre estos y la democracia se ha desarrollado a partir de la jurisprudencia del TEDH que ha identificado los elementos indispensables del régimen político verdaderamente democrático al que alude el Preámbulo del Convenio.

La democracia se ha considerado por el Tribunal “un aspecto fundamental del orden público europeo” y el “único modelo político contemplado por el Convenio y, en consecuencia, el único compatible con él.

La jurisprudencia del TEDH anuda la democracia a unos contenidos mínimos de algunos derechos convencionales y a ciertas formas de ejercicio de los mismos.

Bajo esta perspectiva y vinculada a la idea de democracia, el Tribunal de Estrasburgo ha asumido desde sus primeras Sentencias un papel protagonista en la definición de los contenidos de la idea democrática presente en el CEDH, dentro de la que se ha otorgado una posición auténticamente relevante a la libertad de expresión e información que “constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada hombre”. La libertad del pensamiento, conciencia y religión, prevista en el artículo 9 CEDH, es conforme al TEDH, uno de los fundamentos de la sociedad democrática en el sentido del Convenio. Se evidencia el papel del TEDH como institución comprometida con la defensa de un estándar democrático europeo.

Fruto de este planteamiento, surge el debate en torno al margen de apreciación nacional. Dos son los argumentos que explican, en la doctrina del TEDH, la deferencia de esta hacia las instituciones de los Estados partes. Por un lado, se afirma que dichas instituciones disponen de una «legitimidad democrática directa» de la que carece el

Tribunal. Por otro, se sostiene que las autoridades estatales son mejor conocedoras del contexto y de la propia realidad nacional en la que los derechos actúan.

El ámbito de aplicación del margen de apreciación nacional depende de varios factores, entre ellos, la índole del derecho afectado, su importancia para la persona, la naturaleza de la injerencia en el derecho y su finalidad y, finalmente la eventual existencia de un consenso europeo. Además, el Tribunal tiene también en cuenta la complejidad técnica o científica del asunto y la calidad del proceso democrático interno que lleva a la adopción de la decisión injerente.

La validación del margen de apreciación en cada caso resulta de la decisión del TEDH, que establecerá en su Sentencia si, al decidir como lo hizo, el Estado demandado respetó el Convenio. Se tratará, en la mayoría de las ocasiones, de decisiones nacionales que resuelven un dilema moral, que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general o que suponen el ejercicio de una opción que se sitúa en el ámbito de las políticas sociales o económicas.

Título de la ponencia: **LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES**

A cargo del: **Prof. D. Armando Álvarez Alvite**

Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de León

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) es un texto jurídico adoptado en el año 1950 en el seno del Consejo de Europa. El CEDH toma como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Por su parte, el Consejo de Europa es una Organización Internacional formada por 47 Estados miembros, dentro de los cuales están también los 28 Estados miembros de la UE (incluyendo a Reino Unido).

El artículo 8 del CEDH resulta de especial interés, pues protege el derecho a la vida privada de la persona. Efectivamente, el primer punto de este precepto impone a las autoridades públicas dos tipos de obligaciones. Por un lado, se establece una obligación negativa, que significa la obligación de evitar una injerencia contra cualquier derecho contenido en el art.8.1 CEDH. Y por otro lado, se fija la vertiente positiva, que supone la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger la vida privada de la persona.

El segundo apartado del artículo 8 del Convenio establece que únicamente podrá haber una injerencia de las autoridades públicas en la vida privada de la persona cuando esta se encuentre contemplada por la ley y sea necesaria en una sociedad democrática. Debido a la escueta redacción del artículo 8 CEDH, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano judicial del Consejo de Europa, se ha encargado de matizar y ampliar el contenido de este precepto. De este modo, el

TEDH ha ido reconociendo a lo largo de los años que el art. 8 del Convenio cubre una amplia gama de derechos como pueden ser la integridad del cuerpo, las escuchas telefónicas e incluso la protección de los datos personales. Asimismo, el TEDH ha desarrollado los supuestos en los que puede existir una injerencia de las autoridades públicas en la vida privada de la persona, siempre desde una perspectiva garantista que parte del principio de proporcionalidad.

Sentencias como *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978; *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987; *Gaskin c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989; *S y Marper c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008; son referentes que han marcado verdaderos puntos de inflexión sobre el derecho a la vida privada de la persona.

Título de la ponencia: **LOS TACS –TÉRMINOS DE AJUSTAMIENTO DE CONDUCTAS–: UN CAMINO FORMAL Y MATERIAL DE JUSTICIA**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Adriano Moura Da Fonseca Pinto**

Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito -PPGD Vice-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa - Vice -presidência de Ensino. Gestor Nacional dos Cursos de Direito –Centro de Ciências Jurídicas– Diretoria Acadêmica– Vicepresidência de Ensino

Este documento aborda los problemas científicos de un proyecto de investigación en curso en las actividades del Observatorio de Mediación bajo el Programa de Posgrado en la Universidad de Estacio de Sa - PPGD / UNESA, en particular con el análisis del MASC – Métodos de solución apropiados del los conflictos y sus formalizaciones legales, en este caso con los TAC, un camino que se ha seguido en busca del acceso a la justicia en Brasil. Además de los métodos en sí, la investigación ha tratado de analizar los documentos legales de TACS, generalmente concluidos con la participación del Ministerio Público en sus diversos campos, incluido el campo del derecho público. Se buscan respuestas a la problematización que involucra básicamente dos puntos importantes: cómo es el proceso de celebración formal de un TAC en medio de las actividades de los miembros del Servicio de Fiscalía, personas físicas, entidades jurídicas de derecho privado, público y otras organizaciones de la sociedad civil y, ¿Qué derechos de origen se han utilizado en la construcción material de obligaciones de hacer, no hacer, dar y pagar, sin dejar de considerar los criterios de legalidad, equidad, doctrina, jurisprudencia y precedentes? Sobre la base de estas preguntas, la propuesta es compartir con los lectores y las partes interesadas algunas conclusiones iniciales sobre la no uniformidad formal de la proposición y el cumplimiento de los TAC, así como su contenido material no necesariamente alineado con la ley, la doctrina y la jurisprudencia dominante precedente. En el primer caso, está claro que la no formalidad del comienzo, el medio y el final de los TAC presenta un campo fértil con respecto a la provisión de una de las funciones esenciales para la justicia y la justicia misma. Por otro lado, la percepción de la creación de consenso formal sin alineación con las fuentes legales tradicionales plantea preguntas sobre si el cumplimiento de la legalidad legislativa y la normativa legal, la creación de nuevas costumbres y estándares consensuales con equidad, analogía, por ejemplo. Estas

preguntas son fértiles y con el único propósito de provocar y alentar estudios sobre ciertas prácticas que surgen en torno al MAS y su papel en el acceso a la justicia.

Este documento trata de problemas científicos inseridos de projeto de investigação em curso nas atividades do Observatório de Mediação no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito de la Universidad Estácio de Sá - PPGD / UNESA, em especial com a análise dos MASC – Métodos Adequados de Solução de Conflitos e respectivas formalizações jurídicas, no caso com os TACs um caminho que tem sido percorrido em busca da realização do acesso à justiça no Brasil. Para além dos métodos propriamente ditos, a investigação tem buscado analisar os documentos jurídicos TACS, normalmente celebrados com a participação do Ministério Público em seus diversos campos de atuação, inclusive no campo do direito público. Buscam-se respostas à problematizações envolvendo basicamente dois pontos importantes: como se dá o processo de celebração formal de um TAC em meio às atividades de membros do Ministério Público, pessoas naturais, jurídicas de direito privado, público e demais organizações da sociedade civil e, na sequência: que direitos fontes têm sido utilizados na construção material de obrigações de fazer, não fazer, dar e pagar, considerando ainda os critérios de legalidade, equidade, doutrina, jurisprudência e precedentes? Partindo de tais questionamentos, a proposta é dividir com os leitores e interessados no tema algumas conclusões iniciais a respeito da não uniformidade formal de proposição e realização dos TACs, bem como de seu conteúdo material não necessariamente alinhado com a lei, doutrina e jurisprudência dominante ou de precedente. No primeiro caso, percebe-se que a não formalidade de início, meio e fim dos TACs apresenta um campo fértil a respeito da oferta de uma das funções essenciais à justiça e da própria justiça. Por outro lado, a percepção de uma atuação de construção de consenso formal sem alinhamento com as tradicionais fontes jurídicas traz indagações a respeito de atendimento ou não à legalidade normativa do legislativo e tribunais, criação de novos costumes e padrões consensuais com prevalência da equidade, analogia, por exemplo. São indagações férteis e com o único propósito de provocar, incentivar estudos a respeito de certas práticas que surgem em torno dos MASC e seu papel no âmbito do acesso à Justiça.

Título de la ponencia: **ASPECTOS PRÁCTICOS Y VENTAJAS DE LA MEDIACION EN BRASIL**

A cargo del: **Profa. Dña. Isabel Cristina Ribeiro dos Reis**

Professora de Direito Processual Civil e Civil na Universidade Castelo Branco e Estácio de Sá. Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Não é novidade constatar, na área da história e das ciências sociais, que poucos são os estudos dedicados ao Poder Judiciário. Essa situação se alterou, em parte, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 e as transformações trazidas à estrutura judiciária, bem como com o debate suscitado –e ainda atual– sobre as mazelas de tal estrutura e sobre as formas de enfrentá-las.

O estudo das relações sociais entre os indivíduos revela dois processos assimétricos e diferentes: exclusão e inclusão social. A inclusão se origina de políticas públicas projetadas para o resgate e incorporação da população pertencente às margens do tecido social, vindo a oferecer condições e acesso à organização social com a concretude de plenos direitos. Ao seu turno, a exclusão resulta da perversidade do sistema de acumulação e reprodução de capitais, revelando uma face universal e inevitável, desumana e estigmatizadora.

O processo de exclusão social, o qual expulsa e marginaliza os indivíduos do corpo social, restringe o acesso social, político e econômico dos membros da sociedade, resultando em uma negação da sua própria cidadania, isto é, nega-se a participação plena na sociedade, aos diferentes níveis a que esta se organiza e se exprime.

O exercício da cidadania a partir do ideal transformador do Estado Democrático de Direito representa a defesa dos valores fundamentais de uma sociedade, como expressão máxima de uma justiça social, a qual se fundamenta na igualdade, bem como permite a existência digna do ser humano, respeitando o poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro, de forma a focalizá-lo em todas as dimensões.

Sob essa perspectiva (re)surge a mediação judicial e extrajudicial, prevista pelo Novo Código de Processo Civil, de 2015, como instrumento de exercício de cidadania através da busca por uma decisão autônoma e consensual por aqueles que jamais deveriam ter deixado de ocupar o papel de protagonista na demanda: os indivíduos diretamente envolvidos no conflito.

Diante desse contexto, o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, entendeu a necessidade de renovação focando sua preocupação na celeridade, informalidade e eficácia do poder judiciário. Sob esse prisma, o estudo desenvolvido objetiva apresentar uma visão da aplicação do instituto da mediação na resolução de conflitos introduzida pelas normas do Novo Código de Processo Civil, no ordenamento jurídico brasileiro.

Título de la ponencia: **GARANTÍAS PROCESALES VS. EFICACIA PROCESAL: A PROPÓSITO DE LA STC 97/2019, DE 16 DE JULIO**

A cargo de la: **Profa. Dra. Dña. Piedad González Granda**

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de León

El Título del Congreso Internacional *Hacia una Justicia más eficaz* permite sin duda una multiplicidad de enfoques diversos, y todos ellos acertados, puesto que la eficacia de la Justicia es un tema eterno y nunca del todo bien resuelto. El planteamiento de la presente ponencia es estrictamente procesal. Partiendo de esa base, la autora ha elegido un tema que permite observar la eficacia de la Justicia desde la tensión –advertible siempre– entre las Garantías procesales por un lado (en cuanto entroncadas en el ámbito de los derechos fundamentales), y la eficacia en el marco del Proceso por otro (ya se plantee ésta en relación con la debida agilidad de la Justicia,

ya en relación con la eficacia /seguridad en el sentido de la búsqueda de la verdad material por encima de todo).

El escenario en que nos sitúa esta perspectiva de la Justicia –la encrucijada de intereses mencionada– es precisamente el campo en que se fraguan las exclusiones probatorias, tema de capital importancia y objeto de reflexión constante, que se reactiva puntualmente de forma más intensa, en conexión siempre con alguna reforma procesal o con alguna decisión judicial concreta. Tal es el caso. El enunciado de la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio, nos sitúa precisamente ante el posicionamiento más reciente de nuestro más alto Tribunal frente a las exclusiones probatorias, constituyendo el paradigma más destacable a día de hoy, en la medida en que ha venido a avalar –en términos generales y sin fisura alguna, pues la resolución fue adoptada por unanimidad– la doctrina sentada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia conocida como del caso Falciani.

Para comprender debidamente el papel que representa esta última STC en el proceso evolutivo de la doctrina en la materia de Prueba Prohibida, sintetiza el presente trabajo la evolución seguida, fin de poder advertir mejor la deriva de la misma, destacando que el *íter* ha partido de un primer momento de *deslumbramiento* ante las exclusiones probatorias (coincidente con las Tesis *pro garantías procesales/derechos fundamentales*) y un claro y constante reduccionismo posterior, a favor de las tesis *pro eficacia-seguridad y búsqueda de la verdad material*.

En dicha evolución se analiza en particular la repercusión de la STS que da lugar al recurso de amparo, esto es, la STS 116/2017, a través de la cual se acepta como prueba válida unos documentos sustraídos de forma ilegal por un empleado de un Banco suizo (el informático bancario Hervé Falciani): la Lista Falciani. Recordamos que la mencionada Lista incluye los nombres de más de 100.000 clientes con cuentas en bancos Suizos y por valor de más de 78.000 millones de euros, y que entre ellos había cientos de personas con su residencia fiscal en España, razón que explica que entrara en acción la inspección de la Agencia Tributaria española, y que en determinados supuestos el asunto acabase en los Tribunales penales, resultando condenado en vía penal en el año 2016 un ingeniero jubilado –por lo que hace al caso–, por ocultación de más de 5 millones de euros en cuentas bancarias suizas. En el Juicio de la instancia se discutió si esa Prueba –obtenida de forma ilegal por un particular con afectación de derechos fundamentales– podría tenerse en cuenta como prueba de cargo y se condenó con base en ellas. Y el TS confirmó la condena, a través de una peligrosa doctrina que vino a *revolucionar* la doctrina de las Exclusiones Probatorias, cuya esencia puede además perfectamente extrapolarse al resto de los órdenes jurisdiccionales, en la que el TS distingue entre dos formas de obtención ilícita de documentos o datos de terceros: si lo hace la Policía o los aparatos del Estado, la prueba no es válida si hay vulneración de derechos fundamentales; pero si lo hace un particular desconectado de los aparatos del Estado, no buscando directamente “la prefabricación de pruebas” sí puede dársele validez.

Es fácil advertir que esta Sentencia persigue no dejar impune la defraudación fiscal, de modo que en la balanza *eficacia procesal* frente a *garantías procesales*, opta resueltamente por el primer bien. De modo que el balance es dulce para Hacienda

—porque el Fisco recaudó 260 millones de forma voluntaria y logró condenas a unos 40 evasores fiscales que no pagaron—, pero se resienten las garantías del proceso hasta un punto que resulta inaceptable para la doctrina mayoritaria del Derecho Procesal.

A pesar de las críticas cosechadas, muy recientemente el Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad (STC 16 de julio del presente año 2019) ha desestimado el recurso de amparo contra la sentencia del TS, declarando que no existe en el caso enjuiciado vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías ni a la presunción de inocencia por la obtención de datos bancarios de la lista Falciani.

Como conclusión, cabe advertir que frente al fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita anclado en su componente constitucional (la vulneración de derechos fundamentales), la doctrina posterior, y en particular esta última STC, se ha ido desmarcando de aquella inicial línea argumental, y aún sin llegar a un modelo de *desconstitucionalización* plena de la regla de exclusión, ha ido limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana. Y como reflexión final, cabe afirmar que debiera tenderse a una postura protectora de los derechos fundamentales, sin realizar distinción por razón del orden jurisdiccional en el que se intente hacer valer, ni del sujeto que la esté aportando; porque habría que entender que en un Estado de Derecho en el que es el propio Estado el que consagra un catálogo de derechos fundamentales en su Constitución a los que otorga valor de inviolables, se está exigiendo con ello que cualquier acto que vulnere alguno o algunos de esos derechos fundamentales carezca de eficacia probatoria en el proceso.

Título de la ponencia: **HACIA UNA JUSTICIA MÁS EFICAZ: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS***

A cargo de la: **Profa. Dña. Dolores Fiel Varela**

Profesora Asociada de Derecho Romano. Universidad de León

La forma de resolver los problemas concretos, en una sociedad en constante expansión y desarrollo dieron lugar a que el Derecho Romano se fuera convirtiendo de forma paulatina en un sistema jurídico con gran perfeccionamiento y eficacia. Entre las muestras del grado de relevancia y elevado nivel de argumentación jurídica y lógica alcanzados, las trazas en numerosas instituciones jurídicas en la actualidad.

Como objeto de nuestro estudio desde la casuística romana, un intento por mostrar que traspasando el inicial marco temporal, con la evolución y las aportaciones de la escuela del Derecho Natural racionalista y el humanismo jurídico, con la *C.R.S.S.*, se encontró una vía para una revisión puntual de lo pactado, lo que ha supuesto que desde el siglo pasado, frente a la rigidez de la aplicación del principio “*pacta sunt servanda*”, por el que lo estipulado debe cumplirse estrictamente, se haya logrado en sede judicial una matización de sus consecuencias.

En este somero análisis, la determinación de cómo pueden afectar a los contratos, en concreto a los de tracto sucesivo<sup>1</sup>, distintas circunstancias en el momento de su cumplimiento, por lo que intentaremos prestar una especial atención a los contratos de prestación diferida en el tiempo. En el mundo romano en algunos de los arrendamientos rústicos, se observa como distintas circunstancias pudieron provocar cambios o alteraciones en las prestaciones de las partes, que motivaron la modificación de las prestaciones pactadas, para intentar el reparto equitativo del riesgo contractual, con lo que posteriormente se denominó cláusula *rebus sic stantibus* (C.R.S.S.).

En nuestro estudio, vamos a intentar desarrollar las consecuencias de la aplicación del principio *Pacta sunt servanda*, versus la aplicación de la C.R.S.S., hacia la consecución de una justicia más eficaz, lo que nos conduce a su definición por Ulpiano, en D.1.1.10 pr. “*Iustitia est constant et perpetua voluntas ius sum cuque tribuere...*”.

Determinar cuál de los dos polos, el estricto cumplimiento de la palabra dada o la posibilidad de contemplar las circunstancias posteriores sobrevenidas, pudiera conducirnos a la justicia de que nos habla Ulpiano.

La propia denominación como C.R.S.S, según la profesora Amunátegui<sup>2</sup>; “.... No resulta adecuada porque el término implica una previsión por las partes contratantes y es precisamente lo que falta en ella”.

En nuestro estudio, no obstante, hemos optado por la utilización de la expresión C.R.S.S, al considerar que es la habitualmente utilizada, aceptando, no obstante, la objeción de su absoluta imprevisibilidad. En los textos del *Digesto* y el *Codex* de Justiniano que proponemos, se observa como por distintas circunstancias sobrevenidas, se logró en los arrendamientos rústicos por sus características de contratos con prestaciones diferidas en el tiempo, se considerara una reducción en el importe de la renta pactada e incluso la condonación de la misma, entre otros motivos, por el bajo rendimiento o improductividad de las fincas, con fundamento en la *fides bona* entre las partes.

Potenciar el *favor contractus* acarrea un intento desmesurado tendente a respetar lo convenido, totalmente enfrentado a contemplar cualquier alteración posterior que suponga un detrimento de lo previamente establecido. Entre los cauces para solucionar una situación posiblemente marcada con una cierta iniquidad, la practica forense propiciando la revisión de los contratos por la vía de la C. R. S. S, para adecuarlos a las nuevas circunstancias.

---

<sup>1</sup> A. Fernández de Buján, Derecho Privado Romano, ed. Iustel, novena ed. Madrid 2016. p. 471: “El término contrato, *contractus* o *contractum*, comienza a utilizarse con un significado técnico específico restringido a aquellas relaciones jurídicas bilaterales de las que se derivan derechos y obligaciones respecto a cada uno de los intervinientes en las mismas”.

<sup>2</sup> C. de Amunátegui Rodríguez, La cláusula Rebus sic stantibus, Tirant Monografías 304, Valencia 2003, p. 26.

En una primera parte del estudio se analizarán algunos textos de las fuentes romanas con las trazas de la *C.R.S.S.*, para continuar con algunas menciones al derecho comparado, la jurisprudencia de distintos países, así como al importante papel de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y Constitucional, en orden a determinar los requisitos que han de considerarse en la apreciación de la aplicación de la *C.R.S.S.*

Título de la ponencia: **¿ES EFICAZ LA FIRMEZA EN EL DERECHO PENAL DE MENORES?**

A cargo del: **Prof. D. Luis Miguel Ramos Martínez**

Investigador predoctoral contratado JCyL (FSE). Área de Derecho Penal. Universidad de León

La presente ponencia se enmarca dentro de un estudio amplio, ya en su fase final, dedicado al análisis estadístico de la delincuencia de menores en la provincia de León. Durante años y hasta el momento actual, el personal del Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público de la ULE ha recogido, con la ayuda de estudiantes del Grado (antes Licenciatura) en Derecho, datos de las sentencias y autos dictados por el Juzgado de Menores provincial. Con la información recogida se ha elaborado una comparativa entre todos los años estudiados (catorce en total), pero también con los datos oficiales del INE, el CGPJ o la Fiscalía y con otros estudios similares anteriores, principalmente uno de la Universidad Pública de Navarra coincidente en parte del periodo analizado y realizado en el marco de proyectos de investigación conjuntos con el Grupo de Investigación de Derecho Penal de la ULE (DP ULE). En dicho estudio, cuyos resultados se publicarán previsiblemente a finales de este año 2019, colaboran también investigadores de la Universidad de Oviedo y de la Universidad EAFIT de Colombia.

El Derecho penal de menores que nace con la Ley Orgánica 5/2000 (LORRPM) se caracteriza por su flexibilidad, tanto en la adopción y ejecución de las medidas sancionadoras-educativas aconsejadas por el caso concreto, como en la posibilidad de desjudicializar el conflicto en varios momentos procesales; manifestaciones ambas del principio de intervención mínima, el cual debería orientar también (o no solo formalmente con referencias al mismo en exposiciones de motivos y preámbulos) al Derecho penal de adultos. Las consecuencias jurídicas impuestas a los sujetos de catorce a dieciocho años de edad responsables penalmente se orientan principalmente hacia la prevención especial positiva (reeducación) a través de una norma que establece la primacía del superior interés del menor con respeto de las garantías constitucionales y legales (como son el principio acusatorio, el de defensa o la presunción de inocencia). Sin olvidar a la víctima (como demuestra, por ejemplo, la responsabilidad civil del menor por daños derivados del delito solidaria con sus padres, tutores, acogedores o guardadores) el legislador rechazó inicialmente otras características del Derecho penal de adultos como la proporcionalidad entre hecho y sanción o el protagonismo de la finalidad preventivo general negativa (la intimidación por la norma). Sin embargo, casi todas las reformas que ha sufrido la LORRPM (directamente por las LLOO 7/2000 y 8/2006, e indirectamente por las LLOO 9/2000, 9/2002 y 15/2003) han supuesto su endurecimiento (en consonancia, eso sí, con las

modificaciones del CP). Es especialmente simbólica la disp. adicional 6.<sup>a</sup> de la LORRPM, introducida por la LO 15/2003, en la que se vino a equiparar firmeza con eficacia, cuando parece (en este sentido apuntan los resultados del estudio, aunque no se pueda afirmar de manera absoluta) que esta firmeza se busca y promueve por otros fines distintos al de eficacia.

Título de la ponencia: **REDES SOCIALES Y DERECHO DEL TRABAJO: EL NECESARIO TRÁNSITO DESDE LA INDIFERENCIA NORMATIVA A LA REGULACIÓN DE LO DIGITAL\***

A cargo del: **Prof. Dr. D. Roberto Fernández Fernández**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Las opciones vinculadas a la utilización de nuevas herramientas tecnológicas constituyen un avance significativo en las sociedades actuales y permiten unas posibilidades de intercambio hasta ahora desconocidas.

Las posibilidades de comunicación se han incrementado de manera exponencial como consecuencia de tener al alcance de manera inmediata tanto dispositivos como instrumentos que permiten interactuar con otras personas de manera instantánea y sencilla.

La generalización de redes sociales como twitter, whatsapp, facebook, snapchat, linkedin, instagram, etcétera, ha traído consigo importantes beneficios pero también retos desde el punto de vista jurídico, tendentes a ordenar las posibles conductas que pueden ser realizadas a través de las mismas.

Como no podría ser de otro modo, el cambio en las pautas de comportamiento social como consecuencia del uso generalizado de las redes sociales ha acabado incidiendo en el ámbito personal y laboral de la vida de las personas y, por consiguiente, del funcionamiento de las empresas. Más concretamente, la implantación y desarrollo de las redes sociales tiene un efecto progresivo de cambios sustanciales en la organización del trabajo y en la gestión de recursos humanos que a su vez, tienen una repercusión directa e indirecta en las principales instituciones jurídicas que regulan las relaciones del trabajo.

El Derecho del Trabajo también tiene que afrontar retos importantes en relación con la utilización en el lugar de trabajo de las redes sociales y que abarcan desde los estadios previos a la contratación, se mantienen durante el desarrollo de la relación laboral e incluso pueden tener consecuencias en la finalización del contrato de trabajo.

---

\* Este resumen se enmarca dentro de los trabajos realizados en el seno de los Proyectos de Investigación “Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar. Innovación tecnológica y cambios en el ordenamiento social” (DER 2017-82192-C3-1-R), financiado por el Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades y “Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica: nuevas coordenadas para las políticas públicas en Castilla y León” (LE004P17), financiado por la Junta de Castilla y León.

En esta materia, la regulación legal, al menos en España, va por detrás de la realidad tecnológica que nos rodea, debiendo utilizar instituciones clásicas para resolver un problema moderno, aplicando unas reglas no acompasadas a su tiempo.

Por todo ello, es necesario que cuantos participan en el sistema de relaciones laborales concedan la importancia que merece la materia, y ya sea desde las normas heterónomas, ya sea desde las normas convencionales, comenzar a ordenar la utilización y los efectos de las redes sociales en el lugar de trabajo, como se ha hecho ya con el derecho a la desconexión o los diferentes códigos de conducta o buenas prácticas que algunas empresas han implantado en el marco de su organización.

Título de la ponencia: **¿SON JUSTAS LAS COMPENSACIONES QUE SE DERIVAN DEL RETRASO AÉREO EN VUELOS INTERNACIONALES?**

A cargo del: **Prof. Dr. D. David Carrizo Aguado**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de León

Realmente, uno de los problemas que con más frecuencia afectan a los pasajeros es el retraso del vuelo en la llegada al punto de destino. Ciertamente, ante el elevado número de ofertas por las compañías, especialmente las *low cost*, el pasajero, aquello que tiene más en cuenta para elegir el transporte aéreo, es el ahorro de tiempo; por esa razón, el retraso puede producir no sólo graves trastornos y molestias, sino daños, tales como la pérdida de enlaces. Todo ello, en un escenario no conocido pues el usuario se encuentra en otro país en el que la defensa de sus derechos debe ser en lengua extranjera y, con aplicación de normas normalmente desconocidas por el consumidor.

La llegada tardía al aeropuerto de destino compromete la responsabilidad del transportista aéreo, incluso aunque haya hecho todo lo posible por evitar dicho retraso y, por ende, existirá tal retraso siempre que la aeronave llegue fuera del tiempo previsto. Con todo, el Reglamento (CE) 261/2004 contiene en su articulado ciertas reglas que permiten aproximar la idea del retraso para ser considerado relevante. Se trata de datos que, en ningún caso deben ser contemplados como una regla general, ya que hay que tener en cuenta siempre las circunstancias que rodean cada supuesto.

Desde el punto de vista del ámbito espacial, el Reglamento (CE) 261/2004 resulta de aplicación cuando los pasajeros partan de un aeropuerto situado en un Estado miembro o un tercer país. En este último supuesto, el destino debe ser un aeropuerto situado en un Estado miembro, siempre que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo sea un transportista de la Unión Europea.

La inobservancia de los horarios previstos para la llegada de los vuelos a sus destinos constituye un supuesto en el que cabe apreciar una situación de incumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por el transportista de la que este debe responder frente al turista. En este contexto, el Reglamento (CE) 261/2004 carece de definición de retraso; no obstante, los términos cancelación y retaso vienen referidos

al término vuelo. Si bien, es el retraso la única contingencia que no da lugar a la posibilidad de compensación económica automática. Por tanto, la protección otorgada por el Reglamento depende, en estos casos, de la posible inclusión del acontecimiento concreto dentro de los límites temporales y espaciales previstos en el apartado 1 del artículo 6. Si bien, en ocasiones, se «disfrazan» los vuelos cancelados para que parezcan vuelos retrasados.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) 261/2004 no ofrece una solución del todo satisfactoria puesto que se dedica a definir lo que debe entenderse por «retraso en la plataforma del aeropuerto». De este modo, en su artículo 1.1.w) establece que, a la salida, este retraso supone el tiempo que permanece en tierra la aeronave entre el comienzo del embarque de los pasajeros y el despegue de la aeronave; a la llegada este retraso implica el tiempo que transcurre entre el aterrizaje de la aeronave y el comienzo del desembarque de los pasajeros.

Acertadamente, el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que, como los pasajeros de vuelos cancelados tienen derecho a ser compensados cuando sufren una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, los pasajeros de vuelos retrasados pueden también invocar ese derecho cuando sufren, debido a un retraso de su vuelo, la misma pérdida de tiempo, es decir, cuando llegan a su destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo (STJUE de 23 de octubre de 2012, asunto C-581/10, *Nelson y otros*[EU:C:2012:657]).

Realmente, resulta complejo identificar con un grado de precisión aceptable el período de tiempo exacto que debe transcurrir para que un retraso llegue a ser «excesivo». Los jueces o tribunales nacionales poseen el cometido de valorar en cada supuesto singular los hechos y alcanzar un criterio basado en el buen sentido, la sana crítica y en alguna conjunción de la tradición jurídica nacional, sin olvidar en ningún caso, las apreciaciones y orientaciones emanadas del Tribunal de Justicia Europeo para que así, no se vean conculcados los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Este hecho tiene el riesgo de que las decisiones alcanzadas por los tribunales internos de un Estado carezcan de precisión y previsibilidad, tanto para los pasajeros, así como, para los transportistas aéreos; ambos deben conocer el alcance de sus derechos y obligaciones y evitar la fractura del principio de igualdad de trato y la vulneración de la «protección reforzada del usuario». No olvidemos que las aerolíneas dejan de pagar millones de euros al año en compensaciones, ya que los pasajeros realizan múltiples reclamaciones, tanto en el aeropuerto, como posteriormente a través de las *webpages* de las compañías, y tras recibir negativas, frustrados, abandonan la idea de ser indemnizados.

Título de la ponencia: **¿ES JUSTA LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL EMPLEO DEL HOGAR EN ESPAÑA?**

A cargo del: **Prof. D. Francisco Xabiere Gómez García**

Contratado predoctoral del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa.  
Universidad de León

Las personas empleadas del hogar son aquellas que, a cambio de un sueldo o remuneración de cualquier clase, prestan servicios exclusivamente domésticos, es decir, en la casa que habita el titular del hogar y las demás personas que lo componen, con independencia de que su prestación sea únicamente para ese titular o sea para varios.

La configuración histórica de este servicio –esclavitud, servidumbre, criados, doncellas, etc.– ha tenido siempre un fuerte componente clasista, lo que ha impedido hasta hace poco su consideración como una verdadera profesión. De hecho, se sigue arrastrando este estigma, lo que impide dar un reconocimiento social y económico al trabajo doméstico a la altura del valor real de las tareas desempeñadas, especialmente cuando se trata del cuidado de las personas más vulnerables del hogar. A modo de ejemplo, en España el salario medio bruto del sector es un 59% inferior al salario medio bruto total, mientras que el importe medio de la pensión de jubilación (511 euros) es el más bajo de todo el Sistema de la Seguridad Social (cuya media son 944 euros).

La tradicional subordinación en la prestación también se manifiesta en el plano legal, donde la benevolencia del legislador, unas veces prioriza los derechos del empleador (intimidad e inviolabilidad del domicilio) y, otras, simplemente busca no imponerle demasiadas cargas, como se revela en las numerosas excepciones que permiten a los Estados no aplicar al personal doméstico las garantías establecidas por ciertas Directivas de la Unión Europea: Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; entre otras.

Se consolida así una desventaja estructural para las personas que trabajan en este campo, lo que, en parte, explica el porqué de la masiva presencia de mujeres en el sector, las cuales representan el 96% de las personas afiliadas al Sistema Especial para Empleados de Hogar. Si en la Unión Europea el empleo doméstico no alcanza el 2% del trabajo de las mujeres, en España sobrepasa el 6%. Igualmente, cuatro de cada diez trabajadoras del sector en España son extranjeras, es decir, una de cada cinco extranjeras que trabajan regularmente en España, lo hacen en el empleo doméstico. En este sentido, la normativa legal en materia de extranjería en cuanto a las autorizaciones de residencia temporal y trabajo, no hace sino reforzar la subordinación de la parte trabajadora, creando una dependencia que fomenta la aceptación de condiciones leoninas y la peligrosa normalización de ciertas conductas de acoso.

La no ratificación por parte del Estado Español del Convenio 189 (del año 2011) de la Organización Internacional del Trabajo, el cual establece unos derechos mínimos para las trabajadoras del hogar y de los cuidados, evidencia una respuesta negativa al interrogante planteado al inicio, lo que impone una verdadera reflexión académica desde el ámbito del Derecho que propicie una mayor protección legal y efectiva para las personas encargadas del trabajo doméstico y de cuidados.

Título de la ponencia: **PRESTACIONES POR DESEMPLEO: UN ELEMENTO DE JUSTICIA SOCIAL**

A cargo de la: **Profa. Dña. Cristina González Vidales**

Contratada predoctoral Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades (FPU). Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

El grupo de población mayor de 45 años tiene un gran peso en la demografía española, pues el total de la población mayor de 45 años asciende a 21.790.558 de personas, es decir un 46,79% de la población total es mayor de 45 años. En cuanto al número de personas en edad de trabajar, es decir mayores de 45 años y menores de 65 años, suman un total de 15.363.900<sup>1</sup>, de las cuales: 11.849.300 son personas económicamente activas, 10.530.500 ocupadas y 1.318.800 desempleados; y el resto, 3.514.600 son personas que se encuentra en situación de inactividad<sup>2</sup>.

En cuanto a las causas de la inactividad, entre las principales se encuentra la jubilación, seguida de la realización de cursos de enseñanza o formación, causas que puede explicar la significativa tasa de población inactiva para los últimos grupos de edad (65-69 años y más de 70 años) y los primeros (16-19 años y 20-24 años), al ser estos quien acceden a la jubilación o están en edad de realizar cursos de enseñanza y formación, respectivamente.

Las siguientes causas más relevantes de inactividad son, por este orden, obligaciones familiares o personales y el cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores. En ambos casos destaca el alto porcentaje de mujeres en situación de inactividad (16,9% y 7,1% respectivamente), las cuales superan ampliamente a los varones (2,3% y 0,6%). Ello, pone de manifiesto de manera evidente la deficiente corresponsabilidad entre de hombres y mujeres, pues son las mujeres quienes mayoritariamente abandonan la carrera profesional para desempeñar las tareas de cuidado. Si al mayor un número de mujeres inactivas totales se une la tasa de parcialidad que soporta el colectivo femenino, se explicará la posterior brecha de género en la cuantía de las pensiones de jubilación. Pues una carrera profesional más

<sup>1</sup> Instituto Nacional De Estadística (INE): *Población por sexo y grupo de edad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo*. <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4725&L=0> [Fecha consulta: 18/06/2019].

<sup>2</sup> Datos obtenidos de Instituto Nacional De Estadística (INE): *Encuesta de población activa. Anuales*. [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176918&menu=resultados&secc=1254736195128&idp=1254735976595](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=resultados&secc=1254736195128&idp=1254735976595) [Fecha consulta: 18/06/2019].

corta, con entradas y salidas continuas del mercado de trabajo; empleo parcial; y, la ampliación del periodo para el cálculo de la pensión de jubilación (25 años en 2022) que tiende a abarcar periodos de tiempo cada vez mayores, producirá una notable disminución en la cuantía de la pensión de jubilación de las mujeres.

Por otro lado, los mayores de 45 años se encuentran con un problema añadido a la hora de encontrar empleo, pues una vez que salen del mercado de trabajo es más difícil el retorno al mismo, viéndose abocados al paro de larga duración con más facilidad que los trabajadores menores de 45 años<sup>3</sup>. Las barreras que estos trabajadores encuentran para acceder nuevamente al mercado de trabajo, se explican, como apunta algunos estudios<sup>4</sup>, por la percepción negativa que de tanto los empresarios como los propios trabajadores tienen sobre sus facultades y capacidades; tales como, falta de flexibilidad, menor productividad y mayores costes salariales y extrasalariales, así como, la infravaloración de la formación y competencias adquiridas a través de la experiencia laboral.

Frente a esta situación la protección frente al desempleo, ya sea a nivel contributivo o asistencial, es en ocasiones la única fuente de ingresos que tienen muchos trabajadores maduros expulsados del mercado laboral hasta llegar a la jubilación<sup>5</sup>. A la vista de esto, la pregunta que se plantea seguidamente es ¿Qué tipo de protección social existe para los trabajadores maduros?

A nivel contributivo se encuentra la prestación por desempleo, para lo que el trabajador debe cumplir una serie de requisitos: inscribirse como demandante; estar afiliado y en alta o asimilada en la Seguridad Social; estar en situación legal de desempleo; no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación; y tener un período de cotización mínimo de entre 360 días y 2.160 días.

Los requisitos para la obtención de la prestación por desempleo no tienen en consideración la edad del trabajador que accede a la misma, otorgando un mismo trato a trabajadores de características muy heterogéneas. Así los trabajadores más jóvenes pueden no llegar a cumplir con determinados requisitos, mientras que los trabajadores con más edad los sobrepasan. Ejemplo de ello, es el periodo de carencia necesario para el acceso a la misma, mientras que los trabajadores de más edad este requisito, por lo general, lo cumplen ampliamente, los trabajadores jóvenes encuentran una mayor dificultad para acumular al menos 360 días de cotización.

A nivel asistencias se pueden encontrar dos subsidios para mayores de 45 sin cargas familiares, los requisitos que deben cumplir las personas trabajadoras son: estar

---

<sup>3</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo”, *Revista de información laboral*, vol. 1, 2014, págs. 1743-1755.

<sup>4</sup> Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES): *Informe 02/2014 sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 ...*, cit., pág. 100.

<sup>5</sup> UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT): *Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español: Una década de pérdidas*, UGT, 2018, pág. 24.

[http://www.ugt.es/sites/default/files/20180420\\_informe\\_mayores\\_55\\_anos\\_vf.pdf](http://www.ugt.es/sites/default/files/20180420_informe_mayores_55_anos_vf.pdf) [Fecha consulta: 05/08/2019].

inscrito como demandante; haber agotado la prestación por desempleo; tener cumplidos 45 años; carecer de rentas, (menos del 75 % del SMI).

Por otro lado, se encuentra el subsidio para mayores de 52, que tras la última reforma social que se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se ha elevado la protección de los trabajadores de más edad, en los siguientes términos: primeramente, la reducción de la edad de acceso al mismo de 55 a 52 años; segundo, el aumento de la base de cotización por la contingencia de jubilación del 100% al 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento; tercero, el aumento de la duración máxima del subsidio, hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación que de derecho a una pensión contributiva de jubilación; y finalmente, la eliminación de la parcialidad en el subsidio, es decir se elimina el porcentaje que se venía aplicando a los subsidios de los trabajadores desempleados procedentes de extinciones de contratos a tiempo parcial.

El inconveniente común a los mentados subsidios es, principalmente, la cuantía a percibir, pues todavía resulta baja para garantizar una adecuada protección social, pues esta es del 80% del IPREM (430,27 €). Asimismo, en el caso del subsidio para mayores de 45 años sin responsabilidades familiares, la duración de la misma es de tan solo 6 meses, duración insuficiente para un grupo de población que sufre el paro de larga duración con mayor intensidad, lo que significara en muchos casos un periodo insuficiente para poder reincorporarse al mercado laboral.

Título de la ponencia: **LAS MARCAS DE LA CULTURA JURÍDICA PROCESAL BRASILEÑA Y SU GRAMÁTICA DISCURSIVA DECISIVA**

A cargo del: **Prof. Dr. D. Rafael Mario Iorio Filho**

Vice-Reitor de Pós-graduação e Pesquisa- Universidade Estácio de Sá/ Vice Provost for PhD Programs and for Research - Estácio de Sá University. Diretor de Pesquisa - Vice-Presidência de Ensino/ Director of Research

Se analiza algunos aspectos abordados en los proyectos de investigación: “Proceso, igualdad y decisión judicial en perspectiva comparada”, desarrollado dentro del Instituto de Ciencia y Tecnología INCT / Instituto de Estudios Comparativos en Administración de Conflictos Institucionales-InEAC y el Laboratorio de Fluminense for Process Studies-LAFEP, tanto de la Universidad Federal de Fluminense como de “Process, Law and Conflict Management”, desarrollado en el Centro de Estudios de Derecho, Ciudadanía, Proceso y Discurso del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Estácio de Sá - PPGD / UNESA. Y aquí explicamos algunos de los desafíos que nos preocupan, inspirando nuestras investigaciones. Estos desafíos se encuentran entre el problema de la igualdad legal con sus paradojas y la decisión judicial, considerada en su dimensión discursiva, que materializa la “entrega de la disposición judicial, como una forma de resolver la disputa ante el Estado”, pero no necesariamente comprometida con La función institucional de la gestión de conflictos.

Por lo tanto, la aproximación de estos dos intereses de investigación nos lleva a las siguientes preguntas: si los jueces tienen el deber de tratar a las partes por igual, según lo establecido por la Constitución y la ley, ¿cómo pueden tener como resultado práctico su desempeño en el proceso?, la aplicación de la ley de una manera particular, el refuerzo de la desigualdad legal, lo que implica su actualización y mantenimiento en nuestra cultura jurídica? ¿Por qué mecanismos se reproduce esta desigualdad legal en la decisión judicial, especialmente en la Corte Suprema Federal? ¿A qué niveles no visibles (es decir, no reconocidos por los agentes del campo legal) de nuestras prácticas discursivas se resuelve? Más allá de la dogmática legal, que se contenta con "explicar el problema" (justificándolo como una consecuencia natural de la actividad interpretativa o hermenéutica y concretizando al juez constitucional) o denunciarlo como un diagnóstico de un orden jurídico subjetivista y decisivo, dónde buscar posibles respuestas que pueden iluminar y ayudar a comprender mejor este problema?

A partir de estas preguntas, el documento busca ofrecer "provocaciones" que nos inviten a pensar sobre el derecho y la forma de los jueces más allá de los parámetros tradicionales y ortodoxos del campo legal. En este desafío, creemos que la antropología legal y el análisis del discurso semiolingüístico pueden ser de gran valor para proporcionar apoyo metodológico a un enfoque renovado del objeto de interés legal que privilegia el conocimiento empírico. Así, seguramente, el derecho puede tomarse como un objeto empírico, que puede estudiarse como un instrumento de control social, característico de las sociedades contemporáneas, que se revela en una doble dimensión: el plano de prácticas o rituales propios de un campo y El plan de las estructuras discursivas que dan sentido a las representaciones y prácticas de este campo y se presentan en al menos tres niveles o lugares de producción de significado del discurso: la doctrina, el derecho y la jurisprudencia.

Por lo tanto, todas las provocaciones actuales expuestas hasta ahora compilan dos aspectos que se han desarrollado en nuestra investigación: (1) el apoyo metodológico del Análisis del Discurso Semiolingüístico de Patrick Charaudeau; (2) la posibilidad de una gramática de decisiones judiciales.

Título de la ponencia: **EL ARREGLO DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA DE MEDIACIÓN ESPAÑOL: CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO AL ACUERDO**

A cargo de la: **Profa. Dra. Dña. Gema Vallejo Pérez**

Profesora asociada Doctora de Derecho Romano. Universidad de León. Mediadora y Abogada del ICAL

Los métodos ADR no son una novedad en nuestro derecho, pues tanto la mediación como el arbitraje, se basan en un *pactum*, es decir, en un acuerdo logrado en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes para conformar libremente una relación jurídica que no sea contraria a la ley, la moral ni al orden público (artículo 1255 del Código Civil) para resolver sus conflictos presentes o futuros sin acudir a la vía judicial. Una de las ventajas que se apunta de la mediación es que aligeraría la

sobrecarga de los juzgados no solo porque no se llegaría a sustanciar asuntos que no precisan judicialización, sino también porque se simplificaría el trabajo de los Juzgados al verse reducido el número de incumplimientos de sentencia evitando ejecuciones y disminuyendo el número de procesos contenciosos. A la vez que constituyen unos métodos más rápidos para solucionar los conflictos. En realidad, la Mediación, como los demás métodos ADR, contribuye a fortalecer una gama de servicios según las circunstancias y el tipo de conflicto, ya que no todos estos métodos son adecuados para todos los conflictos. Lo que sí tienen todos ellos en común es que operan como métodos no excluyentes de la jurisdicción sino complementario, más baratos (tanto económica como emocionalmente) y rápidos que las actuaciones ante los tribunales.

La Mediación, respecto a la vía judicial, tiene la ventaja de que las partes pueden modificar sus pretensiones. Es decir, el *petitum* en la mediación puede variar y adaptarse a los intereses cambiantes de las partes a diferencia de la vía judicial que debido al principio de congruencia debe mantenerse durante todo el proceso y el juez debe pronunciarse solo sobre el inamovible *petitum*. Por otro lado, si la Mediación concluye con éxito, es decir, las partes llegan a un acuerdo, total o parcial, que, por fuerza, debe satisfacer a ambas, será de más fácil cumplimiento por haber sido consensuado en un procedimiento autocompositivo, en el que no hay vencedores ni vencidos; y aún en el caso de que el procedimiento de mediación fracase, siempre cabe acudir a la jurisdicción.

La Mediación también desplegaría sus ventajas en aquellos conflictos en los que para las partes prima la confidencialidad o tiene necesidad de resolver el conflicto de forma rápida y a la vez que dicha solución permita mantener la continuidad de las relaciones, toda vez que nadie como las partes conoce sus verdaderos intereses y pretensiones y lo que pueden ceder para concluir un acuerdo satisfactorio para ambas, en virtud de principio de flexibilidad y el respeto a la autonomía. El acuerdo así alcanzado podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes así lo quieren, mediante elevación a escritura pública ante Notario (si se trata de una mediación extrajudicial) o mediante auto del juez (si se trata de una mediación intrajudicial). Ahora bien, presenta el inconveniente de que si se trata de una mediación extrajudicial y las partes no lo elevan a escritura pública, tendrá, al igual que la negociación, valor contractual cuyo eventual incumplimiento deberá solventarse mediante la interposición de la correspondiente demanda ante el juzgado competente para obtener el cumplimiento de lo pactado.

Título de la ponencia: **EL DERECHO DE SEGUROS Y LA TUTELA DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA**

A cargo de la: **Profa. Dra. Dña. Elena Fátima Pérez Carrillo**

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil. Universidad de León

## 1. Introducción

Justicia social, justicia distributiva y desarrollo económico precisan hoy en día de sociedades competitivas e innovadoras que generen valor para los consumidores, los productores y la sociedad en general. Pues bien, una de las principales claves de la competitividad en la sociedad actual radica en «el conocimiento», cuya protección y seguridad son esenciales para el crecimiento. En esas circunstancias, los derechos de propiedad industrial e intelectual (DPI) y en particular las patentes, representan instrumentos de gestión de la innovación. Y, el aseguramiento de riesgos relacionados con la obtención, desarrollo, explotación y defensa de DPI constituye un instrumento estratégico de fomento y valorización del I + D + i.

## 2. El seguro de Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual

Es un contrato que ofrece una tutela aseguradora frente a diversos siniestros (en función de la cobertura de cada póliza) que puedan derivar de los distintos títulos de propiedad industrial, y dentro de las condiciones pactadas. Se basa en análisis estadísticos y en fórmulas actuariales de cálculo de la relación entre prima e indemnización, que se unen a las consideraciones jurídicas sobre su estructura contractual.

## 3. Modalidades de seguro de DPI. Selección de la más adecuada para proteger a las pequeñas empresas innovadoras

El aseguramiento más adecuado para mejorar la competitividad de la pequeña empresa innovadora. Existen grandes modalidades de aseguramiento de patentes y de otros DPI, algunas de las cuales por su carestía y complejidad resultan sólo aptas para contratación de grandes grupos empresariales. Otras, son adecuadas para pymes y destacan por su papel multiplicador de los efectos de la inversión en innovación tecnológica e industrial. Dentro de estas últimas destaca el llamado “seguro de afirmación”, cuyo objetivo principal es contribuir a la defensa de los DPI de su titular frente a agresiones, violaciones y amenazas de terceros.

## 4. El seguro de afirmación de patente

Es una modalidad de aseguramiento de DPI que se construye sobre la idea del seguro de asistencia jurídica (recogido entre otros en el art. 76.a) Ley de Contrato de Seguro-LCS). Tienen como objeto suplir deficiencias (carestía, duración, complejidad) en los mecanismos de resolución de conflictos relacionados con los DPI.

El interés asegurado en esa modalidad se relaciona con el riesgo del titular y su necesidad de contar con recursos suficientes para articular una asistencia técnica y jurídica adecuada en el caso de que su patente sea objeto de una violación o de una amenaza de violación por un tercero (seguro de afirmación de patente). Sus características y coberturas permiten una oferta comercial a precios asequibles también para innovadores económicamente débiles; sin perjuicio de que a través de medidas públicas de fomento de la innovación puedan articularse instrumentos para favorecer su contratación.

## 5. Reflexiones finales

En España, tejido empresa y start ups vienen demandando medidas para proteger la pacífica explotación de sus DPIs. La Disposición Adicional Novena del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Patentes de 2014 mencionó expresamente y por primera vez en nuestro país el seguro de litigios de patentes como instrumento de apoyo al I + D patentado, abriendo la puerta (tímidamente) a la promoción desde el sector público desde este tipo de pólizas, pero la disposición no alcanzó el texto articulado definitivo. Actualmente se comercializan tímidamente algunos seguros de DPI en España (y en otros países europeos) que especialmente en España no han alcanzado éxito comercial entre las pequeñas empresas, posiblemente debido a su formulación como pólizas multiriesgos. Un enfoque más centrado en la tutela del innovador económicamente frágil tendría, seguramente, más éxito.

Los seguros pueden contribuir a la tutela de la innovación conforme a criterios de justicia, evitando que los operadores económicamente más potentes sean los únicos en poder defender su innovación. Para ello, es esencial contar con un adecuado diseño del producto asegurador.

Título de la ponencia: **HACIA UNA JUSTICIA MÁS EFICAZ EN LA ATENCIÓN AL PARTO: ESPECIAL REFERENCIA AL RECIENTE INFORME SOBRE VIOLENCIA OBSTÉTRICA DE LA RELATORA ESPECIAL DE LA ONU**

A cargo de la: **Profa. Dña. Marina Morla González**

Contratada Predoctoral en la Universidad de León. Área de Derecho Eclesiástico del Estado. Departamento de Derecho Público. Universidad de León

El 11 de julio de 2019 se publica el primer informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, que analiza el maltrato y la violencia contra las mujeres en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención al parto y la violencia obstétrica, así como las causas profundas y los problemas estructurales que deben afrontarse para luchar contra estas formas de maltrato y violencia.

Se trata de un informe sin precedentes, histórico. La ONU ha reconocido explícitamente no solo la existencia de *violencia obstétrica*, sino también su gravedad y sus dimensiones. Un fenómeno que ha explicado con claridad, dando detalle de la

tipología de circunstancias, inhumanas y degradantes por las que mujeres de todo el mundo (también de España) pasan en el paritorio. En el informe se describen prácticas como humillaciones, amenazas, agresiones verbales, intervenciones médicas paternalistas y coercitivas no consentidas, tan serias como episiotomías, cesáreas o esterilizaciones sin consentimiento de la mujer, o incluso en contra de aquel. Este documento constituye un precedente en la calificación de dichas prácticas, a las que se refiere como una manifestación de violencia de género contra la mujer, e incluso tortura.

Consecuencia de la desigualdad estructural, la discriminación y el patriarcado, esta forma de violencia es apuntada por la Relatora Especial como un fenómeno generalizado y sistemático, no abordado plenamente desde la perspectiva de los derechos humanos. Expertas juristas y profesionales sanitarias, reivindican el problema en relación al trato que se da a la mujer en el momento de parto y nacimiento de su hijo, y la indiferencia sistemática en las instancias judiciales ante estos casos. Por ello celebran la publicación de este informe, en el que se recogen, asimismo, una serie de recomendaciones a los Estados.

En esta aportación, realizaremos un análisis del contenido del informe y estudiaremos las analogías encontradas con casos españoles registrados de violencia obstétrica.



## MÉTODO Y NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PARA LOS AUTORES

### Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

E) La evaluación será anónima con indicación de:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.

- b. Rigor investigador: apto/no apto.
  - c. En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- a. Título del artículo.
  - b. Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
  - c. Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
  - d. A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
  - e. La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

### **Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León**

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
  - a. Autores de la Universidad de León.
  - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
  - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales, y de Legislación.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

### **Contenido de la publicación de los artículos doctrinales**

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
  - a. Título del artículo, en español y en inglés, o en el idioma original, español e inglés.
  - b. Autor.
  - c. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
  - d. Dirección de correo electrónico del autor.
  - e. Resumen en el idioma original del artículo y Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
  - f. Palabras clave en el idioma original del artículo y palabras clave en inglés.
  - g. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
  - h. Índice de contenido.
  - i. Contenido.
  - j. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.

- 2.1.
- 2.2.
- A)
- B)
- C)

### **Método de notas al pie y de bibliografía**

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
  - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
  - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
  - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
  - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

### **Extensión de los artículos**

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

La extensión de los artículos y comentarios podrá ser objeto de variación en virtud de las consideraciones de los evaluadores y el Consejo de Redacción.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

## **SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN**

### **Sitio web**

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.