

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

62

Noviembre 2024

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

62

Noviembre 2024

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

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

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

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

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

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

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

7. Reglas formales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

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

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

José María FUSTER MUNIESA

Director General de Desarrollo Estatutario

María Ángeles LÓPEZ PARDOS

Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

Marina SEVILLA TELLO

Directora General de Administración Local

Ignacio BARQUERO SOLANES

Director General de Presupuestos

Laura MORENO CASADO

Secretaria General Técnica de Hacienda, Interior y Administración Pública

Esperanza PUERTAS POMAR

Directora General de Servicios Jurídicos

Antonio VILLACAMPA DUQUE

Director General de la Función Pública

Juan Ignacio PÉREZ MAS

Secretario General de la Presidencia

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN

Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ

Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO

Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 62 (noviembre 2024)

Revista indexada en
Cardus Plus+2018, Dialnet Métricas, InDICE-CSIC, Latindex, MIAR, ROAD

	Páginas
Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública	6
Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública.....	11
 ESTUDIOS	
V. ÁLVAREZ GARCÍA: <i>El empleo de las normas técnicas de origen privado en el Derecho administrativo sancionador</i>	14
M. ORTIZ GARCÍA: <i>De la protección a la restauración de la naturaleza</i>	31
M.M. SÁNCHEZ GARCÍA: <i>El consentimiento informado: campo de batalla de la responsabilidad sanitaria</i>	81
 DEBATES	
A.D. LEIVA LÓPEZ: <i>La nueva Comisión Nacional de la Energía en el actual contexto de transición energética</i>	139
N.A. GUILLÉN NAVARRO: <i>Problemática en torno a la regularización del uso y consumo del cannabis y sus cannabinoides en España</i>	161
J.E. QUESADA LUMBRERAS: <i>La evaluación del desempeño en las administraciones públicas: régimen jurídico y requerimientos para su configuración</i>	203
J.M. RAMÍREZ SÁNCHEZ: <i>La respuesta normativa de las comunidades autónomas al reto demográfico y la despoblación</i>	229
J. CABRERA RODRÍGUEZ: <i>La conversión de una norma de conducta en una norma de control por efecto del Derecho europeo. Ofertas de empleo público y fraude en la temporalidad</i>	262
 JURISPRUDENCIA	
O. BOUAZZA ARIÑO: <i>Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	281
 CRÓNICAS	
Educación neogranadina para la paz (J.A. AYALA AMAYA)	304
 BIBLIOGRAFÍA	
ABAD MARCO, <i>Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad</i> (V.C. GÓMEZ Y ALFONSO)	315
BADULES IGLESIAS, <i>Análisis de la retroalimentación del ciclo normativo</i> , 2024 (P. PASCUAL ALEJANDRE)	322
BELTRÁN CASTELLANOS, <i>La brecha digital</i> , 2024 (J.A. GÓMEZ REQUENA)	327
TEROL GÓMEZ, <i>Competencia y Derecho administrativo</i> , 2023 (G.M. PEREA CASTILLO)..	330

EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALASTUEY DOBÓN, María Carmen:
Profesora Titular de Derecho Penal,
Universidad de Zaragoza.

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

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

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

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

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

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

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

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

BARCELONA LLOP, Javier: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.

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

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

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

BELANDO GARÍN, Beatriz: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Valencia.

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

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

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

BLASCO HEDO, Eva: Centro
Internacional de Estudios de
Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT),
Soria.

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

BOUAZZA ARIÑO, Omar: Catedrático
de Derecho de Administrativo,
Universidad Complutense de
Madrid.

BUENO ARMUJO, Antonio: Profesor
Titular de Derecho de Administrativo,
Universidad de Córdoba.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: Catedrático de Derecho de Administrativo, Universidad de Vigo.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Burgos.
- CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- CANTÓ LÓPEZ, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.
- CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Abogada, Barcelona.
- CASADO CASADO, Lucía: Catedrática de Derecho Administrativo, Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.
- CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo: Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de La Rioja.
- CIERCO SEIRA, César: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.
- CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier: Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT), Soria.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.
- ESPAÑA PÉREZ, José Alberto: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.
- ESTEBAN RÍOS, Javier: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.
- EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.
- FANLO LORAS, Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.
- FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Barcelona.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramón:
Coordinador de Relaciones Externas
del Centre d'Estudis de Dret
Ambiental, Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad
Nacional de Educación a Distancia.
- GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.
- GALERA RODRIGO, Susana: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
- GAMERO CASADO, Eduardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad Pablo
Olavide de Sevilla.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos de
Madrid.
- GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de País Vasco, sede de
Bilbao.
- GARRIDO CUENCA, Nuria: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Castilla-La Mancha,
sede de Albacete.
- GIMENO FELIÚ, José María:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad Complutense de Madrid.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Málaga.
- GUAYO CASTIELLA, Íñigo del:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Almería.
- GUERRERO MANSO, Carmen de:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.
- GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor
Titular (acred.) de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de
las Cortes de Aragón.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.:
Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad Monteávila de Caracas
(Venezuela)
- HERRERO PÉREZAGUA, Juan Francisco:
Catedrático de Derecho Procesal,
Universidad de Zaragoza.
- HUERGO LORA, Alejandro: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.
- JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.
- LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Profesor de Derecho del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.
- MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla
- MORA RUIZ, Manuela: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva
- MORENO MOLINA, José Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.
- MOREU CARBONELL, Elisa: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.
- NIETO GARRIDO, Eva: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.
- NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.
- NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva.
- OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.
- OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de: Profesor de Derecho Administrativo, Universidade de Lisboa (Portugal).
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo (†).

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

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

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

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

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

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

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del Tribunal Constitucional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SALAMERO TEIXIDÓ, Laura: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universitat de Lleida.

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

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

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

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

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

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

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SORO MATEO, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COLABORADORES DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura.

AYALA AMAYA, Javier Alberto: Mayor General (R), Rector de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.

BOUAZZA ARIÑO, Omar: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

CABRERA RODRÍGUEZ, José: Investigador de Posgrado, Facultad de Derecho / ICADE Universidad Pontificia Comillas.

GÓMEZ REQUENA, José Ángel: Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Castilla-La Mancha.

GÓMEZ ALFONSO, Victoria Claudia: Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: Profesor Titular (acred.) Derecho administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza..

LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

ORTIZ GARCÍA, Mercedes: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

PASCUAL ALEJANDRE, Pedro: Universidad de Zaragoza.

PEREA CRESPILO, Gil Manuel: Abogado. Broseta Abogados.

QUESADA LUMBRERAS Javier E.: Profesor Permanente Laboral de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María: Doctor en Derecho y abogado urbanista.

SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María: Doctora en Derecho. Universidad de Salamanca, Abogada especialista en Derecho Sanitario.

ESTUDIOS

EL EMPLEO DE LAS NORMAS TÉCNICAS DE ORIGEN PRIVADO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR^(*)

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

A la memoria de Felipe Jover

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN EJEMPLO DE TIPO SANCIONADOR CONSTRUIDO MEDIANTE LA REMISIÓN A NORMAS TÉCNICAS PRIVADAS.– II. ¿PUEDEN LOS TIPOS DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS REGULARSE A TRAVÉS DE NORMAS TÉCNICAS DE ORIGEN PRIVADO?–1. Los errores de la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 (núm. de recurso 852/2021) en la aplicación de los principios de reserva de ley y de tipicidad en el ámbito sancionatorio.–2. ¿Respetan las remisiones rígidas o estáticas a normas técnicas de origen privado el principio de legalidad en su doble vertiente, formal y material? ¿Cuáles son los problemas fácticos y jurídicos de este tipo de remisiones? 3. ¿Qué sucede con los reenvíos flexibles o dinámicos a este tipo de normas? ¿Cuáles son los problemas jurídicos de este tipo de remisiones?– III. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este artículo analiza el uso de las normas técnicas de origen privado en la construcción de los ilícitos administrativos a través de remisiones efectuadas por disposiciones de rango legal o reglamentario. Pretende, en concreto, buscar una respuesta a la cuestión de si los reenvíos rígidos o estáticos a este tipo de normas técnicas respetan el principio de legalidad sancionadora en su doble vertiente, formal (o principio de reserva de ley) y material (o principio de tipicidad). Este trabajo estudia también cuáles son los problemas fácticos y jurídicos de este tipo de remisiones rígidas en el derecho administrativo sancionador. El artículo se cierra con algunas reflexiones jurídicas sobre el eventual empleo de las remisiones flexibles o dinámicas por el *ius puniendi* estatal.

Palabras clave: normas técnicas; reglamentaciones técnicas; organismos de normalización; sanciones administrativas; remisiones; principio de reserva de ley; principio de tipicidad; principio de legalidad.

THE USE OF TECHNICAL STANDARDS OF PRIVATE ORIGIN IN ADMINISTRATIVE SANCTIONING LAW

ABSTRACT: This article analyses the use of technical rules of private origin in the construction of administrative offences by means of references made by legal or regulatory

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 31/05/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 14/10/2024.

provisions. Specifically, it aims to find an answer to the question of whether rigid or static references to this type of technical rules respect the principle of legality of penalties in its twofold aspect, formal (or principle of reservation of law) and material (or principle of typicality). This paper also studies the factual and legal problems of this type of rigid referrals in administrative sanctioning law. The article closes with some legal reflections on the possible use of flexible or dynamic referrals by the state ius puniendi.

Key words: technical standards; technical regulations; standardisation bodies; administrative sanctions; normative referrals; principle of legal reservation; principle of typicality; principle of legality.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: UN EJEMPLO DE TIPO SANCIONADOR CONSTRUIDO MEDIANTE LA REMISIÓN A NORMAS TÉCNICAS PRIVADAS

1. Mediante resolución de 9 de octubre de 2020 la Secretaría de Estado de Derechos Sociales impuso a la mercantil Vueling Airlines, S. A., una multa de 90.000 euros y una sanción accesoria de prohibición de acceso a ayudas oficiales en el sector del tráfico aéreo por un período de seis meses.

2. Este acto administrativo traía causa de «una infracción grave de las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad de su página web» (1).

Este comportamiento está tipificado en la letra e) del art. 95.3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que dice así: «Son infracciones graves: (...) e) El incumplimiento por parte de las personas obligadas de las *normas sobre accesibilidad* de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación y de los productos y servicios a disposición del público, así como los apoyos y medios asistenciales específicos para cada persona, que obstaculice o limite su acceso o utilización regulares por las personas con discapacidad».

Este tipo infractor no está completo en sí mismo, sino que remite a disposiciones externas a él y, más en concreto, a las «normas sobre accesibilidad». Este reenvío es, ciertamente, complejo, puesto que para completarlo es necesario recurrir de manera sucesiva a tres normas con un diferente origen y rango:

A) En primer lugar, a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuya disposición adicio-

(1) Fundamento de Derecho primero de la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 (núm. de recurso 852/2021), ECLI:ES:AN:2024:926.

nal quinta, apartado 5 (en la redacción vigente en el momento de ocurrir los hechos sancionados), tenía el tenor siguiente: «Las páginas de Internet de las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, sometidas a la obligación establecida en el artículo 2 de la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información, deberán satisfacer a partir del 31 de diciembre de 2008, como mínimo, el *nivel medio de los criterios de accesibilidad* al contenido generalmente reconocidos...».

B) En segundo lugar, este «nivel medio de los criterios de accesibilidad» se determina mediante una norma gubernamental aprobada por el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre: el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social. Esta disposición general remitía en algunos de sus preceptos (2) a la Norma UNE 139803:2004, rubricada «Aplicaciones informáticas para personas con discapacidad. Requisitos de accesibilidad para contenidos en la web». El apartado 2 de su disposición transitoria única sigue remitiendo a esta norma técnica de origen privado (3), en los términos siguientes: «Las páginas

(2) También en su exposición de motivos: «Unos criterios de accesibilidad aplicables a las páginas de Internet —dice este texto— son los que se recogen, a nivel internacional, en la Iniciativa de Accesibilidad a la Web (*Web Accessibility Initiative*) del Consorcio Mundial de la Web (*World Wide Web Consortium*), que los ha determinado en forma de pautas comúnmente aceptadas en todas las esferas de internet, como las especificaciones de referencia cuando se trata de hacer que las páginas de Internet sean accesibles a las personas con discapacidad. En función de dichas pautas, la Iniciativa de Accesibilidad a la Web ha determinado tres niveles de accesibilidad: básico, medio y alto, que se conocen como niveles A, AA o doble A y AAA o triple A. Dichas pautas han sido incorporadas en España a través de la Norma UNE 139803:2004, que establece tres niveles de prioridades.

El presente real decreto especifica el grado de accesibilidad aplicable a las páginas de internet de las administraciones públicas, estableciendo como nivel mínimo obligatorio el cumplimiento de las prioridades 1 y 2 de la citada Norma UNE».

(3) Estas normas son especificaciones de carácter técnico (esto es, establecen las características de este tipo que deben revestir los productos y los servicios), elaboradas por los organismos de normalización (siguiendo un procedimiento privado), que fijan las pautas generales de comportamiento para los fabricantes de las distintas categorías de productos y para los prestadores de servicios y que poseen una naturaleza jurídica voluntaria desde una perspectiva jurídica.

Estas normas técnicas de origen privado se diferencian de las reglamentaciones técnicas en que, mediante estos últimos documentos normativos, la Administración regula, siguiendo un procedimiento administrativo, las características técnicas de productos o de servicios de manera obligatoria desde un punto de vista jurídico. La Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, define el reglamento técnico como: «la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización» (art. 8.4).

Con respecto a la actividad normalizadora en general, y a las normas técnicas en particular, pueden consultarse, por todos, los trabajos siguientes: Álvarez García, (1999, 2010,

de internet de las administraciones públicas o con financiación pública deberán adaptarse a lo dispuesto en el artículo 5 de dicho reglamento, en los siguientes plazos: a) Las páginas nuevas deberán ajustarse a la prioridad 1 de la Norma UNE 139803:2004 desde la entrada en vigor del real decreto. b) Las páginas existentes deberán adaptarse a la prioridad 1 de la Norma UNE 139803:2004 en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor. c) Todas las páginas, actualmente existentes o de nueva creación, deberán cumplir la prioridad 2 de la Norma UNE 139803:2004 a partir del 31 de diciembre de 2008. No obstante, este plazo de adaptación y la citada norma técnica de referencia podrán ser modificados a efectos de su actualización mediante orden ministerial conjunta, en los términos establecidos en la disposición final tercera de este real decreto».

C) En tercer lugar, la referida Norma UNE 139803:2004 fue aprobada en el mes de diciembre de 2004 por el entonces organismo español de normalización AENOR, estando publicadas oficialmente sus referencias (esto es, su código numérico y su título) en el BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2005. Esta disposición de origen privado fue sustituida también por AENOR en el mes de julio de 2012 a través de la Norma UNE 139803:2012, cuyo título es «Requisitos de accesibilidad para contenidos en la web». Aunque sólo fueron publicadas oficialmente las referencias de esta norma en el BOE núm. 237, de 2 de octubre de 2012 (4), lo cierto es que su contenido es accesible gratuitamente a través del Portal de la Administración Electrónica. Es verdad que las normas UNE son propiedad del organismo nacional de normalización español (históricamente AENOR, en la actualidad UNE (5)), pero en el caso

2020), Aubry et al. (2012), Bismuth (2014), Cantero y Micklitz (2020), Carrillo Donaire (2000), Contreras (2019), Delimatsis (2015), Esteve Pardo (1999), Falke (2000), Fernández Farreres (1991), Gambelli (1994), Izquierdo Carrasco (2000), Malaret García (1988), Rodrigo Vallejo (2021), Schepel y Falke (2000a y 2000b), Schepel (2005) y Tarrés Vives (2003).

(4) Dice, a este respecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 (núm. de recurso 852/2021), que reseño en este artículo, que: «(...) la referencia a la Norma UNE 139803:2004 contenida en el Real Decreto debe entenderse referida a la Norma UNE de 2012 que ha venido a sustituirla. La Norma UNE 139803:2012 no supone una modificación del Real Decreto, como se mantiene, sino que simplemente, al haberse sustituido la norma de referencia que establece los requisitos de accesibilidad para contenidos en la Web enunciada en el Real Decreto debe entenderse que la nueva referencia se efectúa a la norma que la sustituye, sin que eso suponga ni modificación por resolución del Real Decreto ni tampoco modificación alguna del mismo» [FD 3º].

(5) Las entidades normalizadoras en nuestro mundo occidental son, normalmente, asociaciones de derecho privado, con personalidad jurídica propia y sin ánimo de lucro. Estos organismos elaboran, según su nivel territorial, normas técnicas nacionales, europeas e internacionales.

En el caso español, desde el año 2017, el organismo nacional de normalización es UNE (Asociación Española de Normalización), con anterioridad era AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación). En el ámbito europeo, los entes normalizadores son tres: el CEN (Comité Europeo de Normalización), el CENELEC (Comité Europeo de Normalización

de la Norma UNE 139803:2012 su propietario autorizó expresamente su uso a la entonces Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. En todo caso, el Gobierno de la Nación no ha sustituido en ningún momento el reenvío expreso efectuado por el Real Decreto 1494/2007 a la norma UNE de 2004 por uno posterior a su versión de 2012.

3. La empresa Vueling Airlines impugnó tanto la multa como la sanción accesoria en vía administrativa, en primer término, siendo desestimado su recurso de reposición mediante la resolución de 10 de marzo de 2021, del Secretario de Estado de Derechos Sociales. Este último acto administrativo fue confirmado, tras el correspondiente recurso judicial, por la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 (núm. de recurso 852/2021) (6).

La transcendencia de esta resolución judicial consiste en que, salvo error mío naturalmente, es la primera en la que los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo (al menos, los de una cierta envergadura) se han enfrentado frontalmente en nuestro país al problema de la admisibilidad de las normas técnicas elaboradas por un organismo de normalización para conformar, mediante la técnica jurídica de la remisión, tipos de infracciones (7).

Electrotécnica) y el ETSI (Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones). En el nivel internacional, hay dos grandes entidades normalizadoras privadas: la ISO (Organización Internacional de Normalización) y la CEI (Comisión Electrotécnica Internacional).

Los documentos de normalización técnica más importantes elaborados por estos sujetos de naturaleza jurídico-privada son: en España, las normas UNE; en Europa, las normas EN; y, en el ámbito internacional, las normas ISO.

(6) Esta Sentencia resuelve, en efecto, «el recurso contra la resolución de 10 de marzo de 2021, del Secretario de Estado de Derechos Sociales por la que se desestimó el recurso de reposición formulado frente a la resolución, de 9 de octubre de 2020, recaída en el expediente “I-1/2020”, por la que se impuso multa de 90.000 euros y una sanción accesoria consistente en la prohibición de concurrir en procedimientos de otorgamiento de ayudas oficiales por un periodo de 6 meses, por la comisión de una infracción grave, por incumplimiento de las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad de su página web, del artículo 95.3.e) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social» (FD 1º).

Para la conformación del contenido de este tipo infractor, la Administración recurrió, en este caso concreto, a una Norma UNE (en concreto, a la Norma UNE 139803, en su versión de 2012).

Pues bien, la empresa recurrente consideró que la aplicación de esta Norma UNE vulneraba, entre otros, tanto el «principio de legalidad» como el de tipicidad en materia sancionatoria (FD 2º).

(7) Es cierto que, desde la primera década de este siglo, existe una jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo sobre las normas técnicas, pero dicha doctrina se refiere a la naturaleza de las normas técnicas, pero nunca lo ha hecho, salvo error, a la materia sancionadora. Véanse, por todas, las Sentencias de 2 de junio de 2003 (núm. de recurso 6490/1998), ECLI:ES:TS:2003:3781, y de 18 de mayo de 2004 (núm. de recurso 58/2003), ECLI:ES:TS:2004:3384.

II. ¿PUEDEN LOS TIPOS DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS REGULARSE A TRAVÉS DE NORMAS TÉCNICAS DE ORIGEN PRIVADO?

1. Los errores de la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 (núm. de recurso 852/2021) en la aplicación de los principios de reserva de ley y de tipicidad en el ámbito sancionatorio

4. La mercantil Vueling Airlines alegó en su demanda contencioso-administrativa, y en lo que aquí concretamente interesa, la vulneración por parte del acto administrativo impugnado de los principios tanto de legalidad (realmente del principio de reserva de ley) como de tipicidad en materia punitiva (8).

A) En relación con el principio de reserva de ley en materia sancionadora, el órgano judicial no se cuestiona la construcción del tipo infractor mediante la remisión a una norma técnica de origen privado, como es una Norma UNE.

A este respecto, la Sentencia constata que «la infracción se encuentra adecuadamente tipificada en una norma con rango de ley, concretándose las ‘normas sobre accesibilidad’ en otra ley y Real Decreto que la desarrolla» (FD 3º). En este sentido, la infracción grave imputada a Vueling Airlines está prevista en un texto refundido aprobado mediante un Real Decreto Legislativo, cuyo tenor se complementaba en el momento de suceder los hechos por la Ley de servicios de la sociedad de la información, que lo hacía, a su vez, con el Real Decreto 1494/2007. Pero no se terminaba aquí la cadena de remisiones implícitas, sino que las previsiones de este último Real Decreto 1494/2007 eran cumplimentadas, ahora explícitamente, por la Norma UNE 139803:2004.

El problema era que la sanción a la compañía aérea se fundamentaba no en la infracción de la Norma UNE 139803 en su versión de 2004, sino en la más moderna de 2012 (esto es, en la Norma UNE 139803:2012). La Audiencia Nacional justifica así la aplicación de esta última norma técnica de origen privado:

«(...) la referencia a la Norma UNE 139803:2004 contenida en el Real Decreto [1494/2007] debe entenderse referida a la Norma UNE de 2012 que ha venido a sustituirla. La Norma UNE 139803:2012 no supone una modificación del Real Decreto como se mantiene, sino que simplemente, al haberse sustituido la norma de referencia que establece los requisitos de accesibilidad para contenidos en la web enunciada en el Real Decreto, debe entenderse que la nueva referencia

(8) Sobre los principios de reserva de ley y de tipicidad en materia sancionadora, pueden consultarse, por todos, Mestre Delgado (1991: 2501 y ss., 2010: 733 y ss.; y 757 y ss.), Muñoz Machado (2017: 304 y ss.), Nieto García (2008: 201 y ss.) y Valencia Martín (2018: 930 y ss.).

se efectúa a la norma que la sustituye, sin que eso suponga ni modificación por resolución del Real Decreto ni tampoco modificación alguna del mismo» (FD 3º).

Concluye este razonamiento la Sentencia reseñada, indicando que:

«De lo expuesto resulta que la infracción se encuentra adecuadamente tipificada en una norma con rango de Ley concretándose las “normas sobre accesibilidad” en otra ley y Real Decreto que la desarrolla, por lo que no es posible entender vulnerado el principio de legalidad» (FD 3º).

B) De manera coherente con este argumento empleado por el Tribunal para descartar que el acto administrativo sancionador haya vulnerado el principio de reserva de ley, la Sentencia reseñada precisa que «tampoco puede entenderse vulnerado el principio de tipicidad» (9), dado que el órgano administrativo al imponer la sanción

«no efectúa interpretación extensiva alguna, sino que efectuada la denuncia sobre incumplimiento de las normas de accesibilidad de la página web, comprueba si la página web cumple con la normativa que le resulta de aplicación y ha sido enumerada anteriormente, y contrastado el incumplimiento impone la correspondiente sanción, de acuerdo con la infracción tipificada» (FD 4º).

5. El problema jurídico que se plantea con la argumentación judicial es si puede servir la Norma UNE 139803:2012 para completar las previsiones contenidas en el Real Decreto 1494/2007 y, en definitiva, para construir un tipo infractor.

La primera cuestión que debe ser subrayada para el caso concreto enjuiciado es que esta última norma reglamentaria gubernamental de 2007 no remite

(9) Recuerda la resolución reseñada de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2024 la jurisprudencia tanto de nuestro Tribunal Constitucional como de nuestro Tribunal Supremo sobre el principio de legalidad en materia sancionadora: «Con relación a la vulneración del principio de tipicidad alegado hemos de señalar que la traslación reclamada por el Tribunal Constitucional de los principios informadores del Derecho Penal al ámbito de la Administración sancionadora exige que, junto al principio de legalidad material (sic), se incorpore también el principio de tipicidad. El Tribunal Supremo en sentencias de 7 de noviembre de 1984 y 23 de diciembre de 1991 ha señalado que ‘los principios de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena, básicos presupuestos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, requieren no sólo que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva’. De ahí que el acto administrativo sancionador ha de atender al análisis del hecho concreto, de su naturaleza y alcance, para apreciar si la existencia del ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos tipo de infracción previstos en la Ley (STS 4-2-82), porque la calificación de la infracción, referida a actos u omisiones concretas, no es facultad discrecional de la Administración, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente» (FD 4º).

a la Norma UNE 139803:2012, sino a la Norma UNE 139803:2004, por lo que la definición del tipo la hace esta norma de 2004. En otras palabras, la sanción a Vueling Airlines vulnera, cuanto menos, el principio de tipicidad: se aplica un tipo (el desarrollado por la Norma UNE de 2012), cuando el realmente previsto por el Real Decreto 1494/2007 era el contemplado por la Norma UNE de 2004. Es verdad que AENOR había «derogado» su norma de 2004 porque había quedado obsoleta, pero también es cierto que el Real Decreto de 2007 impone de manera obligada el respeto de esta norma UNE del 2004, y no la del 2012. En otras palabras, el Real Decreto 1494/2007 debe aplicarse, aunque haya devenido viejo.

Detengámonos unos instantes en el análisis de esta cuestión: la norma UNE de 2004 ha sido modernizada por AENOR en 2012, pero eso no afecta para nada al Real Decreto 1494/2007, salvo que dejemos en manos de una entidad privada (como AENOR entonces, y hoy su sucesora UNE) la potestad reglamentaria gubernamental del art. 97 CE. Quizá podría argumentarse que, con la remisión por el Real Decreto de 2007 a la Norma UNE de 2004, se cedía esa potestad reglamentaria a un sujeto privado; y es verdad que dicho Real Decreto transforma en obligatorio el contenido de una norma técnica privada, pero obsérvese que el Gobierno cuando dictó su reglamento en 2007 conocía el contenido de lo que había hecho un sujeto privado tres años antes (en 2004) y lo había aceptado expresamente. Sin embargo, el Gobierno en 2007 no había aceptado lo que haría AENOR en 2012. Todo lo contrario: lo había excluido tácitamente al referirse de manera expresa a la norma UNE 139803 en su versión de 2004.

Nos encontramos en el supuesto analizado ante lo que se denominan remisiones «rígidas» o «estáticas» por un reglamento (o por una norma con rango de ley) a normas técnicas privadas, lo que sucede cuando un reglamento (o una ley) reenvía a una versión concreta de una Norma UNE: el Real Decreto 1494/2007 remite única y exclusivamente a la versión de 2004 de la Norma UNE 139803, y no a ninguna otra (como la versión de 2012). Ahora bien, no debe olvidarse que también existen los reenvíos «abiertos, dinámicos, deslizantes o flexibles», algo que acontece cuando un reglamento (o una ley) bien reenvía a normas técnicas sin expresar una concreta versión (por ejemplo, si el Real Decreto de 2007 hubiese remitido a la Norma UNE 139803 sin fijar la concreta versión, esto es, ni la de 2004, ni la de 2012, ni cualquier otra versión específica que pudiese fijar en el futuro nuestro organismo nacional de normalización), o bien utiliza cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados (como, por ejemplo, el reenvío al «estado de la ciencia», al «estado de la técnica» o a «las mejores técnicas disponibles») (10).

(10) En relación con la técnica del reenvío a normas técnicas de origen privado por disposiciones legales o reglamentarias, véase Álvarez García (2010: 207 y ss.).

2. ¿Respetan las remisiones rígidas o estáticas a normas técnicas de origen privado el principio de legalidad en su doble vertiente, formal y material? ¿Cuáles son los problemas fácticos y jurídicos de este tipo de remisiones?

6. Decía hace unos instantes que un reenvío rígido o estático se produce cuando un reglamento (o una norma con rango de ley) remite a una versión concreta de una determinada norma técnica. El caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Nacional que sirve de base a este trabajo contenía una de estas remisiones: un reglamento que desarrolla una norma legal reenvía a una concreta versión (la de 2004) de una específica norma UNE (la 139803).

Este tipo de remisiones podría servir para construir válidamente tipos infractores. Las normas legales que prevén infracciones pueden remitir a reglamentos gubernamentales o ministeriales y a normas técnicas (no solamente españolas, sino también europeas e internacionales). Se respetaría el principio de reserva de ley, en la medida en que una norma con rango de ley tipifica la infracción y la sanción, aunque los reglamentos y, mediante una remisión rígida, las concretas versiones de normas técnicas puedan acabar de perfilar los tipos. Recordemos que en nuestro Derecho Administrativo sancionador están plenamente admitidas las reservas relativas de ley, eso sí, siempre que el tipo sancionador legal no sea una disposición normativa totalmente en blanco (11).

Lo mismo sucedería con el principio de tipicidad, entendido, según resulta bien sabido, como una descripción legal de las conductas ilícitas y de sus correspondientes castigos. Este principio no impide que, a través de un reenvío estático, una específica versión de una concreta norma técnica contribuya a la predeterminación de una conducta infractora.

En definitiva, parece, a primera vista, que cualquier persona podría (o debería (12)) conocer que, siguiendo con nuestro ejemplo, está prohibido el comportamiento previsto por una norma con rango de ley [la letra e) del art. 95.3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social], completada por una ley formal [la disposición adicional quinta, apartado 5, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico], por un reglamento gubernamental [disposición transitoria única, apartado 2, del Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba

(11) Véase, por todas, la clásica STC 42/1987, de 7 de abril, ECLI:ES:TC:1987:42. Sobre esta Sentencia, puede consultarse Mestre Delgado (1988: 79 y ss.).

(12) Recuérdese que el art. 6.1, inciso primero, del Código Civil prevé que: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Con respecto a este precepto, téngase presente Cabanillas Sánchez (1992: 659 y ss.).

el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social] y, finalmente, por una versión concreta de una norma técnica [la versión de 2004 de la Norma UNE 139803].

7. Los problemas que aquejan a este tipo de remisiones rígidas son, no obstante, de dos tipos: de orden científico-técnico, por un lado; y de naturaleza jurídica, por otro.

A) Desde la primera de estas perspectivas, es evidente que la ciencia y la técnica evolucionan día a día, lo que provoca que las normas técnicas sean modificadas por los organismos de normalización para adaptarlas al progreso. Esta fácil constatación hace que los reenvíos rígidos se queden obsoletos con el paso del tiempo, requiriendo una actualización de las normas reglamentarias (o, en su caso, de rango legal) remitentes para acoger un nuevo reenvío a la última versión de la norma técnica. Esto es lo que sucede con el reenvío que efectúa el Real Decreto 1494/2007 a la Norma UNE 139803:2004. Esta remisión que el reglamento gubernamental realiza en 2007 a la versión de 2004 de la referida Norma UNE 139803 se quedó desfasada en el año 2012 con la aprobación de una nueva versión de dicha norma. Esto significa que cuando se impone la sanción a Vueling Airlines en 2020 la normativa aplicable está obsoleta, porque el Real Decreto de 2007 no estaba actualizado, por lo que la Sentencia de la Audiencia Nacional reseñada (con su activismo aplicando la Norma UNE 139803:2012 en lugar de la de 2004, que es a la que remite inequívocamente el Real Decreto 1494/2007) vulnera el principio de legalidad sancionadora, tanto en su vertiente formal como material.

B) El segundo problema de las remisiones rígidas a normas técnicas de origen privado, en general, y en lo que se refiere a los tipos sancionadores, en particular, es de carácter jurídico, refiriéndose en concreto a la publicación oficial limitada de esta categoría normativa (13).

En efecto, el art. 9.3 CE garantiza la publicidad normativa en nuestro ordenamiento jurídico, y diversos preceptos consagran la publicación íntegra de las normas con rango de ley y de los reglamentos en el BOE o en los diversos diarios oficiales existentes en nuestro país (o, a nivel europeo, en el DOUE): arts. 1.5 y 2.1 CC, art. 131 LPACAP, art. 297 TFUE, etc.

Con respecto a las normas técnicas no se prevé, sin embargo, su publicación oficial completa, sino únicamente de sus referencias (esto es, de su título y de su código). Así lo dispone expresamente el art. 11 f) del Reglamento de

(13) Con respecto a la importante cuestión de la publicación oficial de las normas técnicas, véanse Álvarez García (2022: 449 y ss.; y 2024), De Bellis (2021), Lundqvist (2024), Volpatto (2021 y 2022) y Volpatto y Eliantonio (2019).

la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, aprobado por el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre: «Con carácter general —dice este precepto— el organismo de normalización deberá cumplir las siguientes obligaciones: (...) f) Remitir periódicamente al órgano competente de la Administración Pública que lo reconoció la relación de normas aprobadas y anuladas en dicho período, identificadas por su título y código numérico, para su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*». Esta publicación oficial restringida de las simples referencias de las normas técnicas tiene lugar, además, en la Sección III del diario estatal (rubricada «Otras disposiciones»), mientras que las disposiciones generales de valor legal y reglamentario lo están en su Sección I (titulada, precisamente, «Disposiciones generales»).

Debe tenerse en cuenta que, a la publicación oficial de las normas integrantes del ordenamiento jurídico hispano, va ligada la ficción de su conocimiento. Esto no sucede, al menos no todavía, con las normas técnicas de origen privado, que están protegidas por derechos de propiedad intelectual a favor, en el caso español, de nuestro organismo nacional de normalización, a diferencia de lo que sucede con las disposiciones legales y reglamentarias, que son de libre acceso, además de gratuito (14). El problema jurídico se plantea, evidentemente, cuando las normas técnicas son transformadas en obligatorias mediante remisiones normativas propiciadas por normas legales o reglamentarias y, en particular, cuando dichas normas técnicas sirven para integrar tipos de ilícitos administrativos [y, evidentemente, penales (15)], como sucede con la Norma UNE 139803:2004, que, en el ejemplo que estamos utilizando en este trabajo, es transformada en obligatoria por el Real Decreto 1494/2007.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido de diversos asuntos en los que se ha enjuiciado la validez de las remisiones tanto a normas técnicas europeas como a normas técnicas armonizadas europeas (o, simplemente, normas armonizadas (16)), sin llegar a cuestionar esta técnica del reenvío en

(14) Art. 13 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Este precepto dispone: «No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores».

(15) Con respecto a las posibilidades de integrar los tipos de los delitos con normas técnicas de origen privado, pueden consultarse Fríols i Brines (2005: 247 y ss.) y Schünemann (1994: 307 y ss.).

(16) Las normas armonizadas son unas normas técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización, previo mandato de la Comisión, con el objetivo principal de desarrollar las exigencias imperativas establecidas por los actos legislativos «nuevo enfoque» para poder comercializar válidamente los productos dentro del mercado interior comunitario. Sobre las normas armonizadas, véase, por todos, Álvarez García (2020).

ninguna de sus decisiones (17). En su Sentencia *Stichting Rookpreventie Jeugd* ha enjuiciado, en concreto, la cuestión de si la transformación en obligatorias por una Directiva de normas técnicas (en este caso internacionales) mediante una remisión es aceptable en Derecho comunitario europeo, señalando que dichas normas no son oponibles frente a los particulares en tanto no esté publicado su texto en el Diario Oficial de la Unión Europea (18), aunque sí que sería eficaz, por el contrario, frente a las empresas que hubiesen tenido acceso efectivo a «la versión oficial y auténtica» de dichas normas privadas (19). En otros términos, según el estado actual de la doctrina jurisprudencial europea, la falta de publicación oficial no afecta a la validez de las normas técnicas de origen privado, sino a su eficacia, que queda restringida únicamente a las empresas bien que han participado en el proceso de generación de la norma técnica en cuestión en el seno de los organismos de normalización o bien cuyas dimensiones les permitan adquirir dicha norma previo el pago del correspondiente precio.

Es verdad, en todo caso, que esta doctrina jurisprudencial europea no se fija en relación con un tipo sancionador. Vueling Airlines tiene, ciertamente, unas dimensiones que le permiten adquirir las normas UNE que puedan afectarle, pero la cuestión jurídica ligada al caso concreto enjuiciado es si este tipo de normas técnicas de origen privado no publicadas oficialmente (incluso aunque sean de acceso libre y gratuito a través de una página web pública) pueden servir para construir los ilícitos que integran el *ius puniendi* del Estado. No creo que pueda aceptarse que los tipos de las infracciones construidas con normas técnicas no publicados oficialmente respeten el principio de reserva de ley ni tampoco el de tipicidad, ni siquiera en el caso de las remisiones rígidas.

(17) Pueden consultarse, a este respecto, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2016, *James Elliott Construction*, C-613/14, ECLI:EU:C:2016:821; la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2022, *Stichting Rookpreventie Jeugd y otros*, C-160/20, ECLI:EU:C:2022:101; o la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2024, *Public.Resource.Org, Inc., y Right to Know CLG*, C-588/21 P, ECLI:EU:C:2024:201.

(18) Dice, literalmente, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2022, *Stichting Rookpreventie Jeugd y otros*, que: «unas normas técnicas establecidas por un organismo de normalización como pueda ser la ISO, y que han sido declaradas obligatorias mediante un acto legislativo de la Unión, sólo son oponibles a los particulares en general si han sido objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea» (apartado 48). Éste es el primer pronunciamiento del Alto Tribunal europeo sobre la problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado.

(19) Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2022, *Stichting Rookpreventie Jeugd y otros*, cit. apartado 52.

3. ¿Qué sucede con los reenvíos flexibles o dinámicos a este tipo de normas? ¿Cuáles son los problemas jurídicos de este tipo de remisiones?

8. Los reenvíos flexibles o dinámicos presentan, como avancé anteriormente, dos modalidades: una primera, en la que la disposición con rango legal o reglamentario remite a una norma técnica de origen privado sin especificar su versión (esto sucedería si el Real Decreto 1494/2007 hubiese reenviado sin más a la Norma UNE 139803, esto es, sin especificar si se refería a su versión de 2004, a la de 2012 o a cualquier otra que se pudiese generar en el futuro); otra segunda, en la que dicha disposición legal o reglamentaria contiene una cláusula general o un concepto jurídico indeterminado que debe ser completado por la Administración recurriendo a normas técnicas en cada una de las ocasiones concretas en las que dicha disposición sea aplicada (esta situación se produciría si el concepto «nivel medio de los criterios de accesibilidad» que se maneja en nuestro caso se completase mediante la norma técnica vigente en cada momento).

Ninguna de estas dos situaciones se verifica en la Sentencia de la Audiencia Nacional que reseño, a pesar de que tanto la Administración cuando sanciona como dicho órgano judicial cuando confirma el castigo se comportan como si el Real Decreto 1494/2007 contuviese una remisión flexible o dinámica. Pero no es así, porque la sanción a Vueling Airlines se impone por una infracción definida en última instancia mediante un reenvío rígido a la versión de 2004 de la Norma UNE 139803, cuyos problemas fácticos y jurídicos ya hemos repasado hace unos instantes.

9. En todo caso, las remisiones flexibles o dinámicas es verdad que permiten al ordenamiento jurídico estar actualizado de manera acorde con la evolución de la ciencia y de la técnica, pues la norma técnica de origen privado aplicable siempre se corresponde con la última versión vigente cuando se verifica un supuesto de hecho. Así, cuando en el año 2020 se sanciona a Vueling Airlines, la versión de 2004 había quedado lo suficientemente desfasada desde el punto de vista técnico como para que el organismo español de normalización aprobase la nueva versión de 2012; eso significa, consecuentemente, que el Real Decreto 1494/2007 había quedado tan obsoleto a partir del mes de julio de 2012 como para que se hubiese producido una adaptación por el Gobierno de la Nación en aras de ajustarlo a la Norma UNE 139803:2012, cosa que mucho más de una década después (junio de 2024) aún no ha acontecido.

10. Los problemas jurídicos que van ligados a este tipo de reenvíos flexibles o dinámicos son, no obstante, ciertamente importantes. Además de la cuestión de la falta de publicación oficial de las normas técnicas de origen privado transformadas en obligatorias por las normas legales a través de la

técnica de la remisión a la que ya he aludido anteriormente, lo cierto es que se deja en manos privadas la transformación del Derecho en general, y de los tipos de infracciones en particular.

Me explico ahora muy brevemente: con las remisiones rígidas o estáticas, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo mediante sus normas con rango de ley o de reglamento reenvían a una concreta versión de una norma técnica, que conocen y aceptan expresamente, sin que los cambios posteriores de dicha norma técnica puedan integrar la ley o el reglamento si el legislador o el poder reglamentario no renuevan su consentimiento de manera también expresa; por el contrario, las remisiones flexibles o dinámicas, al reenviar en un momento temporal dado a una norma técnica sin concretar su versión, posibilitan que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo conozcan y acepten la versión vigente de dicha norma en ese momento, pero no de las versiones posteriores, dejándose así en manos de sujetos jurídico-privados que siguen procedimientos también privados la evolución del ordenamiento jurídico y, en el caso del derecho sancionador, la integración de los ilícitos administrativos.

En definitiva, el Legislador y el Poder Reglamentario pierden en las remisiones flexibles o dinámicas el control sobre el contenido concreto de sus normas en favor de los sujetos privados que generan las normas técnicas que completan las normas legales o reglamentarias, algo que, ciertamente, puede plantear muy serios problemas a la hora de configurar el *ius puniendi* del Estado (20).

III. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (1998): La capacidad normativa de los sujetos privados. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 99.
- (1999): *La normalización industrial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (2010): *Industria*. Madrid: Iustel.
 - (2020): *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*. Madrid: Iustel.
 - (2022): La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 449-482.
 - (2024): El derecho de acceso a las normas armonizadas y su publicación oficial: el asunto «Public.Resource.Org, Inc., y Right to Know CLG contra Comisión Europea», *Revista General de Derecho Administrativo*, 66.

(20) Sobre la capacidad normativa de los sujetos privados, véase Álvarez García (1998: 343 y ss.; 2020: 197 y ss.).

- AUBRY, H., BRUNET, A. y PERALDI LENEUF, F. (2012): *La normalisation en France et dans l'Union Européenne*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- BISMUTH, R. (2014): *La standardisation internationale privée (Aspects juridiques)*. Bruxelles: Larcier.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1992): Comentario al art. 6.1 del Código Civil. En Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: EDERSA.
- CANTERO, M. y MICKLITZ, M.W. (eds.) (2020): *The Role of the EU in Transnational Legal Ordering: Standards, Contracts and Codes*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2000): *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*. Madrid: Marcial Pons.
- CONTRERAS, J.L. (2019): *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law. Vol. 2: Further Intersections of Public and Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE BELLIS, M. (2021): Private standards, EU law and access – The General Court's ruling in Public.Resource.Org, *EULawLive*, 10-9-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3wQHYpl>.
- DELIMATSIS, P. (2015): *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ESTEVE PARDO, J. (1999): *Técnica, Riesgo y Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- FALKE, J. (2000): *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA*, Band 3: *Deutschland*, Luxemburg: European Communities.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1991): Industria. En Martín-Retortillo Baquer, S. (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, T. II. Madrid: La Ley.
- FRÍGOLS I BRINES, E. (2005): El papel de las reglas técnicas en la determinación del injusto de los delitos imprudentes: su relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto. En Boix Reig, J., y Bernardi, A. (dirs.). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*. Madrid: Iustel.
- GAMBELLI, F. (1994): *Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne*. Paris: Eyrolles/Fédération des industries mécaniques.
- IZQUIERDO CARRASCO, M. (2000): *La seguridad de los productos industriales*. Madrid: Marcial Pons.
- LUNDQVIST, B. (2024): Right to access harmonised standards: Public.Resource.Org and Right to Know v Commission and Others, C-588/21 P. *EULawLive*, 20-03-2024.

- MALARET GARCÍA, E. (1988): Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales. *Revista de Administración Pública*, 116, 287-339.
- MESTRE DELGADO, J.F. (1988): Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora (Comentario a la STC, Casino de Mallorca, 42/87, de 7 de abril de 1987). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 57, 79-88.
- (1991): La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública. En Martín-Retortillo Baquer, S. (dir.). *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T III. Madrid: Civitas.
 - (2010): Principio de legalidad. En Lozano Cutanda, B. (dir.). *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
 - (2010): Principio de tipicidad. En Lozano Cutanda, B. (dir.). *Diccionario de sanciones administrativas*. Madrid: Iustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2017): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. XII: *Actos administrativos y sanciones administrativas*, 2ª edición. Madrid: BOE.
- NIETO GARCÍA, A. (2008): *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición (2ª reimpresión). Madrid: Tecnos.
- RODRIGO VALLEJO, R. (2021): The Private Administrative Law of Technical Standardization. *Yearbook of European Law*, 40, 172-229.
- SCHEPEL, H. (2005): *The Constitution of Private Governance. Products Standards in the Regulation of Integrating Markets*. Oxford: Hart Publishing.
- SCHEPEL, H. y FALKE, J. (2000a): *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, Vol. 1: *Comparative report*. Luxemburg: European Communities.
- (ed.) (2000b): *Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA*, Vol. 2: *Country reports*. Luxemburg: European Communities.
- SCHÜNEMANN, B. (1994): Las reglas de la técnica en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, 307-341.
- TARRÉS VIVES, M. (2003): *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VALENCIA MARTÍN, G. (2018): Comentario al art. 25.1 CE: el derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo. En Rodríguez-Piñero, M. y Casas Baamonde, M. E., *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución*. Madrid: BOE y Fundación Wolters Kluwer.

- VOLPATO, A. (2021): Rules Behind Paywall: the Problem with References to International Standards in EU Law. *Eulawlive*, 19-7-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3MLE73E>.
- (2022): Transparency and Legal Certainty of the References to International Standards in EU Law: Smoke Signals from Luxembourg?: Stichting Rookpreventie Jeugd and Others (C-160/20). *Eulawlive* 1-3-2022. Disponible en: <https://bit.ly/38kGzPN>.
- VOLPATO A. y ELIANTONIO, M. (2019): The Butterfly Effect of Publishing References to Harmonised Standards in the L series. *Europeanlawblog*, 7-3-2019. Disponible en: <https://bit.ly/3MS28Ge>.

DE LA PROTECCIÓN A LA RESTAURACIÓN DE LA NATURALEZA^(*)

MERCEDES ORTIZ GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA MASIVA PÉRDIDA DE BIODIVERSIDAD.- II. UN POCO DE HISTORIA: LA PROTECCIÓN DE LOS PAISAJES, LAS ESPECIES Y LOS ESPACIOS.- III. LA CONSERVACIÓN CULTURAL DE LA NATURALEZA: 1. *El entorno agroecológico.* 2. *Las áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales (ICCA).* IV. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA O LA COSMOVISIÓN ECOCÉNTRICA. 1. *Emergente marco jurídico de los derechos de la Naturaleza.* 2. *La declaración legal de la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor.* 3. *La gobernanza o la «tutoría del Mar Menor».*- V. HACIA EL PARADIGMA RESTAURATIVO: 1. *El contexto internacional y europeo de la restauración de los ecosistemas.* 2. *Los Planes Nacionales de Restauración.* 3. *La conectividad de los ecosistemas.* 4. *El rewilding.*- VI. GOBERNANZAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONVIVIR CON LA NATURALEZA: 1. *Causas próximas y remotas de la pérdida de la biodiversidad.* 2. *Gobernanzas y Políticas públicas (decrecentistas).*- VII. CONCLUSIONES.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo, tras constatar la actual catástrofe ecológica con la masiva pérdida y deterioro de biodiversidad, revisa someramente las distintas estrategias y corrientes conservacionistas, a saber: la tradicional política de espacios naturales protegidos, la denominada «conservación cultural de la naturaleza», la naturaleza como sujeto de derechos y la restauración. Este análisis pretende dar una visión de conjunto para conocer mejor, sobre todo, las recientes estrategias, con los nuevos paradigmas que implican, tras la aprobación en España, de la Ley de declaración de personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor y en la Unión Europea, del Reglamento de Restauración. Asimismo, se presentan las causas tanto próximas como remotas de la pérdida de biodiversidad pues pueden coadyuvar a la conservación de la naturaleza, mediante oportunas gobernanzas y la coordinación de singulares políticas públicas. También será destacable la importancia del sentido de la comunidad, de la participación ciudadana, de la gobernanza comunal, para dar voz, en unos casos, y para gestionar, en otros. En cualquier caso, con las últimas corrientes conservacionistas, más holísticas, se apelan a nuevas relaciones con la vida, que, sin duda, conllevarán cambios culturales, socioeconómicos y jurídicos, como se recalcará.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 08/10/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 22/11/2024.

Palabras clave: Biodiversidad; espacios naturales protegidos; conservación cultural de la naturaleza; derechos de la naturaleza; restauración; paradigma ecocéntrico; gobernanza comunal.

FROM PROTECTION TO RESTORATION OF NATURE

ABSTRACT: This paper, after noting the current ecological catastrophe with the massive loss and deterioration of biodiversity, briefly reviews the different conservation strategies and currents, namely: the traditional policy of protected natural areas, the so-called «cultural conservation of nature» means nature as a subject of rights and restoration. This analysis aims to give an overview in order to better understand the recent strategies, with the new paradigms that they imply, following the adoption in Spain of the law on the legal personality of the Mar Menor lagoon and in the European Union, of the Restoration Regulations. The causes of biodiversity loss, both near and remote, are also presented, since they can contribute to nature conservation through appropriate governance and coordination of unique public policies. The importance of community sense, citizen participation, communal governance, to give voice in some cases and to manage in others will also be highlighted. In any case, with the latest more holistic conservation trends, new relationships with life are being called for, which will undoubtedly bring about cultural, socio-economic and legal changes, as will be stressed.

Key words: biodiversity; protected natural areas; cultural conservation of nature; rights of nature; restoration; ecocentric paradigm; communal governance.

I. INTRODUCCIÓN: LA MASIVA PÉRDIDA DE BIODIVERSIDAD

La naturaleza, expresión y concepto tradicional, se alude también, en la actualidad, con otra expresión: «diversidad biológica» o «biodiversidad» (1), definida como «la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas» (art. 2, Convenio de la Biodiversidad 1992). En cualquier caso, es noticia cada vez más, desgraciadamente, por su deterioro y desaparición.

Existen en el planeta 8,7 millones de especies, fruto de un censo y consenso que la comunidad científica ha adoptado, y se considera el más preciso realizado hasta el momento (C. Mora *et al.*, 2011). Como señalan los autores es especialmente importante conocer la cantidad de especies ahora porque la actividad humana y su influencia tienen un impacto en la aceleración de la extinción. Pero, la mayor parte de esta riqueza natural aún no se conoce. Solo se han identificado 1,3 millones de especies, lo que significa que apro-

(1) Que salió del ámbito académico y se popularizó con la aprobación del Convenio de Biodiversidad de 1992.

ximadamente el 86% de las especies terrestres y el 91% de las marinas no se han descubierto. Los investigadores advierten que muchas de las especies desaparecerán antes de ser identificadas. Y todo ello aun sabiendo que la vida humana depende de esa vida natural, diversa; el agua, el aire, el alimento que necesitamos se obtiene del 10% de las especies que se conocen, y el 90% está por descubrir (C. Mora *et al.*: 2011).

La pérdida de cualquier especie puede generar cambios negativos en los ecosistemas, en la distribución de las especies. Asimismo, crea desequilibrio que perturba el ambiente, como el aumento del nivel del mar, la desaparición de glaciares y de grandes extensiones de corales, climas impredecibles, etc., que generan sistemas insalubres, que, a su vez, producen una alteración en otros seres vivos. En cualquier caso, se aviva el cambio climático, que genera asimismo las anteriores perturbaciones.

Por ello, tanto la *Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas* (IPBES (2), de acuerdo con el acrónimo en inglés) como el *Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* (conocido por el acrónimo en inglés, IPCC) piden cambios rápidos, sistémicos y transformadores para hacer frente a las crisis ambientales interconectadas (3) y que se retroalimentan: la climática y la de la biodiversidad.

En el año 2019, la IPBES publicó el *Informe de Evaluación Global sobre Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos*, una evaluación sin precedentes sobre la disminución de la biodiversidad mundial (4), advirtiendo que un millón de especies —de un total que ronda los ocho millones— están en peligro de extinción, y que estamos al borde de la sexta extinción masiva en la historia de la Tierra. Pero, a diferencia de todas las catástrofes anteriores de la historia humana, la catástrofe ecológica puede provocar la extinción del género humano; pues como señala L. Ferrajoli (2022: 13) «no es una extinción natural como la de los dinosaurios, sino un insensato suicidio masivo debido a la actividad irresponsable de los propios seres humanos». Además, como es conocido (5), cada vez, queda menos tiempo, de manera que, si retrasamos

(2) Es un organismo intergubernamental independiente, creado en abril de 2012, con el objetivo de evaluar el estado de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

(3) Habría que acelerar e integrar la eficacia de las acciones en materia de clima y biodiversidad para lograr un mayor impacto y efecto, como lo recoge el octavo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente de la Unión Europea.

(4) El informe fue desarrollado durante tres años por un panel de 145 expertos de 50 países y fue presentado durante la sesión plenaria nº 7 (IPBES-7).

(5) Como lo recoge un estudio realizado para el Informe Dasgupta, por el Museo de Historia Natural (<https://www.nhm.ac.uk/press-office/press-releases/delaying-action-onbiodiversity-by-just-10-years-will-betwice-a.html>).

una década la actuación sobre la biodiversidad, los costes de estabilizar la pérdida de biodiversidad se duplcan y desaparece la posibilidad de mantener niveles de biodiversidad similares a los que disfrutamos hoy. Así que la urgencia de actuar ahora también es más clara que nunca; de ahí que se pueda hablar de emergencia civilizatoria.

Desde luego, el contexto actual es de incertidumbre riesgo, como claramente, además, lo evidencian los traspasos de los límites planetarios (J. Rockström *et al.*: 2009) y, por ende, de crisis sistémica. Pues la economía es un subsistema de la biosfera, en la que todo está interconectado y se debería entonces primar el cuidado de la biosfera ya que es su base (J. Martínez Alier, J. Roca Jusmet, 2013). De hecho, la Estrategia sobre biodiversidad 2030 de la Unión Europea señala que más de la mitad del PIB mundial —unos 40 billones de euros— depende de la naturaleza.

Por tanto, no es extraño que vivamos en un escenario de sucesivas crisis y de todo tipo: económica, ambiental, política, social, sanitaria... Se habla de crisis permanente o «permacrisis» (6), y planetaria. Y todas estas crisis se traducen en pobreza, hambruna, guerras, desigualdad, cambio climático, enfermedades..., que tienen en común que amenazan a la vida en todas sus vertientes.

En este contexto crítico, cabe señalar, que, por un lado, la pérdida de biodiversidad ya se percibe como un limitante para la economía y el bienestar de las sociedades y, por otro lado, se percibe la conservación de la naturaleza como un proceso que garantiza a largo plazo la continuidad de la compleja biodiversidad presente en los ecosistemas y, por consiguiente, la prosperidad socioeconómica. Pero, cómo conservar, proteger, cómo se debería actuar; pues los datos dramáticos de pérdida de biodiversidad indican que no se está haciendo bien. Y ello a pesar de que los espacios protegidos han aumentado en el mundo, en concreto en Europa, que cumplió con los objetivos globales, con la protección de alrededor de un 18% de su superficie terrestre y casi el 10% de su superficie marina (7). De hecho, de acuerdo con las evaluaciones últimas de la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA), la mayoría de los hábitats protegidos y de sus especies no tienen un buen estado de conservación (8). Europa sigue perdiendo biodiversidad a un ritmo alarmante y muchas de sus especies, hábitats y ecosistemas están amenazados, como lo recoge la AEMA en su «Informe sobre el Medio ambiente en Europa: Estado y perspectivas 2020/24» (9), y por diversas razones, a saber: la agricultura

(6) Palabra del Año de 2022 por el Collins Dictionary.

(7) Agenda Europea de Medio Ambiente (AEMA): 2020.

(8) AEMA (2020).

(9) <https://www.eea.europa.eu/es/publications/senales-de-la-aema-2021>.

industrial o intensiva (10), la expansión urbana (11), la contaminación (12), la silvicultura insostenible (13), las especies exóticas invasoras (14), y el ya presente y amenazante cambio climático. Y lo mismo se puede señalar para España que, siendo el país más biodiverso de Europa, tiene una situación preocupante, como se desprende del *Inventario Español de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*, pues casi la mitad de los ecosistemas está en riesgo (15).

En definitiva, en este crítico y sinérgico contexto se percibe que se necesita esfuerzo y creatividad, y en un tiempo récord, como se trata de presentar en este trabajo mediante la revisión *grosso modo* —dada su reducida extensión— de las diversas estrategias, corrientes para conservar la naturaleza. Desde la consagrada política pública de «espacios naturales protegidos», pasando por la denominada «conservación cultural de la naturaleza», basada en la comunidad que entraña, en gran medida, con las cosmovisiones indígenas (y locales), que, a su vez, guardan conexión con los nuevos marcos normativos que reclaman «derechos de la Naturaleza», pues reconocen a la Naturaleza como sujeto de derechos. Este último enfoque supone un cambio radical en la protección del ambiente y en general, de ahí que se hable, incluso, de cambio de paradigma (16). Pues implica abandonar el *antropocentrismo* —la difundida creencia humana de que estamos separados del resto de mundo natural, que somos superiores a él y que, por tanto, la naturaleza está a nuestro servicio y la podemos explotar ampliamente—, para abrazar el *ecocentrismo* —los seres humanos como interdependientes, como parte del mundo natural, que la naturaleza tiene valor intrínseco, independientemente de su utilidad

(10) Caracterizada *grosso modo* por los monocultivos y por la gran cantidad de insumos químicos: plaguicidas, fertilizantes y productos para la salud animal.

(11) La masiva urbanización que fragmenta y daña los hábitats, pero de acuerdo con la AEMA (2020) la mayor parte de los daños ya no proceden de la conversión de zonas naturales en espacio urbano (el 11%), sino de las actividades deportivas, turísticas y de ocio (25 %), como los deportes al aire libre, aviones de recreo, drones, etc. En cualquier caso, los suelos, como importantes reservorios de biodiversidad, se pierden, se dañan cuando se sellan con edificios, asfalto u hormigón.

(12) La contaminación acústica y lumínica procedente de la actividad humana también perjudica a muchas especies.

(13) Casi todos los bosques europeos han sido transformados por la intervención humana provocando, en ocasiones, desequilibrios de variedades arbóreas que a su vez afectan a las especies. Asimismo, sucede con la caza no controlada y la sobreexplotación pesquera.

(14) A veces de forma intencionada, otras por accidente, se han traído a Europa nuevas especies vegetales y animales que en ocasiones se apoderan de los hábitats y perturban los ecosistemas.

(15) AEMA (2020).

(16) O cosmovisión, que se entiende como una teoría o modelo explicativo de las realidades físicas; estándar, perspectiva o conjunto de ideas. Cuando se cambia de paradigma, se cambia la forma en que se piensa sobre algo.

para los seres humanos, y que debemos apartarnos del actual crecimiento económico sin límites, a costa del planeta—. Seguidamente, se conocerá otra reciente corriente conservacionista, la *restaurativa*, pues no es suficiente con conservar lo que queda, sino que se deben reparar y recuperar los ecosistemas degradados. En cualquier caso, aunque la restauración ya era conocida en nuestro Ordenamiento jurídico, con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad (Ley Biodiversidad, en adelante), es de actualidad por recogerse en una norma de la Unión Europea (UE, en adelante), con una alta dimensión, como se verá: Reglamento (UE) 2024/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2024 relativo a la restauración de la naturaleza y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2022/869 (17).

Revisadas las diversas estrategias y corrientes conservacionistas se podrá hacer balance en las Conclusiones, y apuntar qué corrientes son más oportunas y cómo llevarlas a cabo para su mejor aprovechamiento. Pero, antes, en el último epígrafe, se profundizará y reflexionará sobre las causas que dañan a la biodiversidad, pues dada la gran interconectividad de la vida, podrán implicar gobernanzas y políticas públicas singulares para coadyuvar a la conservación de la naturaleza.

II. UN POCO DE HISTORIA: LA PROTECCIÓN DE LOS PAISAJES, LAS ESPECIES Y LOS ESPACIOS

La idea de sujetar un área de tierra o mar a un régimen especial tiene una larga historia y ha sido adoptada por doquier, y por variados motivos. Así las comunidades locales y los pueblos indígenas desde tiempos remotos han establecido lo que ahora se conoce como «régimenes de conservación» con normas que regulan o prohíben el acceso a los recursos naturales. Pero la historia de las áreas protegidas, formalmente declaradas por los Estados, es mucho más reciente; en concreto, datan de finales del siglo XIX, y se suele relacionar con la declaración del parque nacional de Yellowstone, en Estados Unidos, en 1872. En realidad, esta primera declaración y las que le siguieron no respondían a fines conservacionistas, ambientales, que en ese momento se desconocían, al no haber todavía problemas en ese sentido. De esta manera, esas primeras declaraciones respaldaban motivos estéticos, paisajísticos (18),

(17) DO L de 29.7.2024.

(18) Cuyo concepto de paisaje —estampa idílica— era distinto al actual, fruto del Convenio europeo del paisaje de 2000 (Convenio de Florencia), como se desprende de su definición: »se entenderá cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos» (art. 1. a), como lo documenta F. López Ramón (2010).

dada la extraordinaria belleza que escondían, y asimismo manifestaciones de patriotismo y de opulencia, al poder dejar libre de explotación grandes extensiones de espacios para el deleite de la ciudadanía. Con esos fines se extendió a otras latitudes, como España, donde los primeros «parques nacionales» —se adoptó hasta la misma denominación— dependieron administrativamente de «Bellas artes» y se ubicaron en lugares emblemáticos tanto por su gran atractivo paisajístico —bellos parajes— como por su carga patriótica —hitos de la Reconquista—, a saber: los parques nacionales de la Montaña de Covadonga, y del Valle de Ordesa y Monte Perdido, declarados en 1918, fruto de la Ley de parques nacionales de 1916 (F. López Ramón, 1980).

Poco a poco, ese enfoque paisajístico de la conservación de la naturaleza evolucionó hacia la conservación de las especies, individualmente consideradas. Se trata de una visión mecanicista y reduccionista de la vida que conllevaba a concebir la naturaleza como una colección de objetos, como el conjunto de piezas que conforman una máquina: cuando una de las piezas se estropeaba, se diseñaba un proyecto puntual para repararla, como, por ejemplo, recuperar una especie en declive o limpiar las aguas de un río contaminado (M. Tafalla, 2022: 218). De esta manera, la conservación se centraba más en evitar extinciones de especies y menos en recuperar las funciones ecológicas de la naturaleza.

El siguiente paso ha sido el concepto de espacio natural protegido (en adelante, ENP) que es dinámico, en constante evolución, avanzando hacia la importancia del concepto de hábitat de las especies, sus ecosistemas, en detrimento de las especies por sí solas, y se reflejará en las normas, como en la definición legal de ENP recogida en la Ley Biodiversidad (art. 28). Entonces, al día de hoy, los ENP claramente persiguen la protección de la biodiversidad que abarcará tanto la terrestre como la marina, como lo determinó el Convenio de la Biodiversidad de 1992 (art. 2), pues anteriormente el medio marino no era objeto de atención a estos efectos (M. Ortiz García, 2002). Y en general este conservacionismo se caracterizaba por delimitar un área de terreno salvaje, incluso prístino (19), según un enfoque denominado «conservación fortaleza» (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 20), o con barreras, para prevenir la perturbación humana dentro del mismo, es decir, *parques sin personas*. Pero, con el tiempo, surgieron críticas a este enfoque como, por ejemplo, las procedentes de los pueblos indígenas pues podían ser expulsados de sus tierras, precisamente muy bien conservadas por su *modus vivendi* tan cuidadoso con su entorno.

(19) Aunque lugares prístinos, sin alterar por la humanidad no existen, al menos no en los últimos mil años, y posiblemente tampoco mucho antes (P. Kareiva, M. Marvier (2012): 962-969).

De esta manera, este enfoque fue evolucionando siguiendo, en gran medida, las directrices de la UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza) (20), entre otras, hacia la «zonificación de sus áreas», a saber: *zona núcleo*: solo conservación e investigación; *zonas colindantes*: usos compatibles con la conservación; *zona de amortiguación*: además presencia de público; *área de influencia*: localidades limítrofes con compensaciones económicas. Y así se empezó a permitir la entrada de personas en los ENP y también la compatibilización con actividades sostenibles.

Por otra parte, desde hace un tiempo, los ENP intentan superar el síndrome de los «parques de papel», es decir, que sean declarados formalmente, sin que se lleven a cabo medidas de conservación. De esta manera, últimamente, se pone mucha atención en los instrumentos de gestión como, por ejemplo, los planes de ordenación de sus recursos naturales (PORN) (arts. 16-24, Ley Biodiversidad) y demás planes tanto estatales como autonómicos. En este contexto, cabe referirse a la *custodia del territorio*, recogida en la Ley Biodiversidad como «conjunto de estrategias o técnicas jurídicas, a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos» (art. 3. 9); y a la *Entidad de custodia del territorio*, «organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad» (art.3.37). Asimismo, «Las Administraciones Públicas fomentarán la custodia del territorio mediante acuerdos entre entidades de custodia y propietarios de fincas privadas o públicas que tengan por objetivo principal la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad» (art. 76.1).

Por otra parte, para aumentar la eficacia de los ENP se crean *redes* de diversos ámbitos: redes mundiales como las que se disponen desde la Agenda 2030 ONU (21) (Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) 14 (22) y 15 (23)); redes regionales, como la Red Natura 2000 en la Unión Europea; y redes de pequeña escala tanto nacionales como locales. Con estas redes se quiere potenciar la gobernanza de los ENP, ordenando la protección de los ecosistemas y las actividades socioeconómicas de manera integrada y en

(20) Que se encuentran en N. Dudley (2008).

(21) Adoptada por la Resolución de la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible».

(22) ODS 14: pretende conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos. La existencia humana y la vida en la Tierra dependen de unos océanos y mares sanos. Los océanos son intrínsecos a nuestra vida en la Tierra.

(23) ODS 15: proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

sus contextos oportunos, evitando la fragmentación de la toma de decisiones sobre su gestión, y fomentando el denominado «enfoque ecosistémico» (24).

Se destaca la Red Natura 2000 pues es la mayor red de espacios protegidos del mundo, ocupando el 18% de la superficie terrestre de la Unión Europea y el 8% de su medio marino, y muchos espacios ya están conectados para aumentar su potencialidad para la polinización, la fertilidad del suelo. Asimismo, se prevé la ampliación de zonas protegidas con la Red Transeuropea de Espacios Naturales (25). Con la actual Estrategia sobre la Biodiversidad 2030 UE se quiere aumentar la superficie protegida hasta alcanzar al menos el 30% de la superficie terrestre y el 30% de los mares circundantes para 2030, poniéndose especial hincapié en los ecosistemas ricos en carbono, como los bosques primarios y antiguos, las turberas, las praderas. En conjunto, estas zonas forman una red de infraestructuras verdes en toda Europa que proporciona los servicios necesarios y experimenta menos presiones sobre los ecosistemas, pero todavía el porcentaje de conectividad es bajo (26).

En este contexto y con el agravante del cambio climático, toman fuerza otras estrategias protectoras que se puedan sumar a los ENP, reforzándolos, como son las *Soluciones Basadas en la Naturaleza* (SbN). De acuerdo con la UICN es un concepto que abarca a todas las acciones que se apoyan en los ecosistemas y los servicios que estos proveen, es decir, se apoya en la *resiliencia de la naturaleza* para responder a los diversos desafíos como el cambio climático (27), la seguridad alimentaria o el riesgo de desastres (28). Los beneficios económicos de los ecosistemas bien gestionados y los servicios ambientales, que proveen son aspectos cada vez más reconocidos en el desarrollo de proyectos y en la protección de la naturaleza. Las SbN se pueden considerar como un

(24) Una estrategia de gestión integrada de la tierra, el agua y los recursos vivos, promoviendo su conservación y uso sostenible de forma justa y equitativa, de acuerdo con el Convenio de Diversidad Biológica y comprende doce principios que se puede consultar en G. Shepherd (2006).

(25) Con la Red Esmeralda de Zonas de Especial Interés a la que la UE contribuye a través de Natura 2000, conformando una red de infraestructuras verdes en Europa.

(26) Como se denuncia en *Nature Communications* pues tan solo el 10% de las áreas terrestres protegidas a nivel mundial están bien conectadas entre sí (M. Ward *et al.* 2020).

(27) En los debates globales sobre el clima y la biodiversidad resuena cada vez más la afirmación de que el 30% de mitigación del cambio climático en todo el mundo puede lograrse mediante SbN: <https://www.climatica.lamarea.com/soluciones-basadas-en-la-naturaleza-no/>.

(28) El concepto de SbN apareció por primera vez en 2009, durante una ponencia de la UICN, de cara a las negociaciones climáticas globales, consolidando un cambio de perspectiva: entendiendo que la población no es solo un beneficiario pasivo de los productos y servicios de la naturaleza, sino que también puede proteger, gestionar y restaurar proactivamente y de forma estratégica y sistemática los ecosistemas, ayudando así a resolver los desafíos de desarrollo y reducción de la pobreza.

concepto paraguas que incluye una serie de enfoques diferentes que nacen de distintas disciplinas (29), pero comparten un mismo interés en utilizar las funciones de los ecosistemas. A saber: *infraestructuras naturales* (*verdes-medio terrestre y azules-medio marino y acuático*) para resolver los problemas que enfrentamos, en lugar de depender solamente de las soluciones convencionales o *infraestructuras grises* (de acero, cemento, hormigón, etc.). De este modo, los ENP, dados los beneficios que generan sus ecosistemas bien cuidados —servicios ecosistémicos (S. García García, 2022)—, pueden ofrecer una gama más flexible de soluciones y se convierten en una forma de *infraestructura natural verde/azul*. Al mismo tiempo pueden proteger y complementar el buen funcionamiento de la *infraestructura convencional, artificial o gris*. Precisamente, la Ley Biodiversidad, en su modificación por la Ley 33/2015, recoge estas nuevas estrategias: «Del Marco estratégico de la Infraestructura Verde y de la conectividad y restauración ecológicas» (art. 15), que posteriormente mediante la Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, se aprueba la «Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas».

En cualquier caso, aunque la naturaleza protegida en redes y conectada es más eficaz, máxime sus sinergias con las SbN, no es suficiente para resolver el reto de la pérdida de la biodiversidad, como ya ha sido puesto de manifiesto en la *Introducción*. Seguidamente se mostrarán las posibles causas que versan, *grosso modo*, sobre la superación de la visión poco realista de la naturaleza prístina, pues apenas existen espacios como tales y, asimismo, de la visión realista de que los destinos de la naturaleza y de las personas están profundamente entrelazados (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 27).

III. LA CONSERVACIÓN CULTURAL DE LA NATURALEZA

I. El entorno agroecológico

Las políticas de conservación de la naturaleza están arraigadas en el pensamiento industrial-mecanicista y tienden a la intensificación, a la especialización, a la sectorialización, a la preponderancia de la ciudad sobre el campo y al control burocrático —«desde despachos»— (J. Izquierdo Vallina, 2013). De esta manera se ha protegido la naturaleza sin integrar a sus actividades más directamente vinculadas —los cultivos, la ganadería, la trashumancia, la silvicultura, la pesca—, a sus custodios —agricultores, ganaderos, pastores, pescadores— y, en definitiva, a sus prácticas y cultura conservacionistas, careciendo de la mínima perspectiva campesina para entender la organización territorial y biogeográfica del medio (E. Prada Llorente, 2014).

(29) <https://www.worldwildlife.org/descubre-wwf/historias/en-que-consisten-las-soluciones-basadas-en-la-naturaleza-y-como-pueden-ayudarnos-a-enfrentar-la-crisis-climatica>.

Entonces, se encuentra esta corriente conservacionista que integra la protección de la naturaleza en la producción agraria, ganadera, silvopastoril, pesquera, con la implicación de la comunidad campesina local o aldea, de su cultura, aplicando políticas globales y locales de desarrollo territorial, que favorecen la conservación mediante la protección de sus custodios que viven con y de la naturaleza, y están capacitados para gestionarla y conservarla (J. Izquierdo Vallina, 2013). Es decir, hay que integrar la actividad pesquera, agraria con la conservación de la biodiversidad; repoblar y fortalecer el mundo rural con los custodios para que cuiden la biodiversidad, mediante su buen hacer agrario, actualmente evolucionado al hacer agroecológico, apartándose de la agricultura convencional o industrial, la predominante al día de hoy, como se distinguirá *infra*. En síntesis, la mejor política conservacionista sería proteger a la actividad agraria y a sus custodios, proteger a la aldea conservadora local de la naturaleza, que no debe aspirar a ser «reserva» sino «activadora» de la biosfera... (J. Izquierdo Vallina, 2019: 228). En este sentido, es muy oportuna la aprobación de Naciones Unidas de la *Declaración de los derechos de los campesinos y de otras personas que viven en el mundo rural*, el 28 de septiembre de 2018 (30), para respaldar, aunque todavía no de forma obligatoria, cuestiones de dignidad y de justicia socioeconómica y ecológica, de las personas que nos procuran a diario nuestros alimentos.

Respecto a las prácticas agrícolas que se acaban de referir, cabe señalar que, desde las décadas de los cincuenta y sesenta, del siglo pasado, con la autodenominada «revolución verde», se han resentido, *grossó modo*, por la intensificación y especialización de los cultivos, por la separación de la ganadería de la agricultura y el cese de su gestión tradicional, y, por supuesto, por su gran apoyo en los fertilizantes químicos y plaguicidas. Así, la biodiversidad de Europa (31), que casi el 40 % de su superficie se dedica al cultivo de alimentos, está impactada, en gran medida, debido a la contaminación del agua, el aire y el suelo europeos (32), por la agricultura convencional, afectando fundamentalmente a los polinizadores, las aves, los reptiles, los anfibios y los pequeños mamíferos. Por ello, cabe enfatizar la necesidad generalizada y urgente de ir hacia prácticas agroecológicas que tienen como principio fundamental la diversificación biológica con la ganadería extensiva

(30) Adoptada mediante Resolución del Consejo de Derechos Humanos que se puede consultar en <https://www.fao.org/family-farming/detail/es/c/1197484/>.

(31) Según Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Farms_and_farmland_in_the_European_Union_-_statistics#Farmland_in_2016.

(32) Esta contaminación es uno de los principales problemas que debe abordar la Estrategia sobre la biodiversidad de aquí a 2030, así como la Estrategia de la granja a la mesa UE, cuyo objetivo es precisamente reducir a la mitad el uso de plaguicidas químicos y promover prácticas agrícolas menos intensivas.

y trashumante, respaldada en los recursos locales (semillas y razas autóctonas y tradicionales) y libre de química para sus labores (33). En definitiva, que es importante mantener y recuperar la cultura local, tradicional agrícola que, por supuesto, podrá ser respaldada por mejoras técnicas, siempre y cuando respeten los criterios agroecológicos. Y esta cultura autóctona es la que conserva el territorio: conservación cultural de la naturaleza.

Por otra parte, otra crítica a los ENP es que fomentan políticas de protección de la naturaleza que están más pendientes de lo salvaje que de lo doméstico, por lo que conllevan regulaciones y restricciones (34) que impiden que los agrosistemas recuperen sus funciones genuinas que cuidan de los campos —recuperación de la biodiversidad doméstica—, que, de otra manera, redundaría en mantener la diversidad silvestre.

2. Las áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales (ICCA)

En este contexto de conservación cultural de la naturaleza se encuentran formas colaborativas de autoorganización de gestión del medio rural, como sucede con las ICCA —por su acrónimo en inglés «Indigenous and Community Conserved Areas» (*los territorios y las áreas conservadas por pueblos indígenas y comunidades locales*)—, protagonizadas por las comunidades locales comprometidas con su entorno, en armonía con la biosfera, para el bienestar de la sociedad y de la ciudadanía: justicia social, espacial y ecológica. Y pese a que la existencia de estas medidas conservacionistas podría decirse que es tan antigua y extendida como la misma civilización humana, pues se vincula con la conservación autóctona de la naturaleza, sólo hasta hace poco tiempo ha recibido atención formal. En efecto, es una categoría todavía no muy conocida, que no se suele recoger en los ordenamientos jurídicos (M. Ortiz García, 2016), aunque el Convenio de la Diversidad Biológica de 1992 (CDB) acogió esta figura de protección, estableciendo que «las Partes se comprometerán a respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales a fin de lograr los objetivos del Convenio» (art. 8 j). Las ICCA están incluidas en la matriz de áreas protegidas de la UICN como tipo D, diferenciado, pero aplicable a todas las categorías de

(33) Aplicando el principio de sostenibilidad a los sistemas agroalimentarios en sus vertientes: económica, social y ambiental: F. López Ramón (2024).

(34) Como sucede, por ejemplo, con el pastoreo, la trashumancia, que en determinados espacios protegidos como el Parque natural del Carrascal de la Font Roja (Alicante) se ha restringido en gran medida: Decreto 121/2004, de 16 de julio, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y la revisión del Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural del Carrascal de la Font Roja.

gestión, subrayando su papel *sistémico*. Este carácter sistémico es lo que le caracteriza, en gran medida y le distancia del resto de áreas protegidas, que igualmente son estrategias de «conservación *in situ*» (art. 8 CDB).

Cabe referirse a las comunidades locales de nuestro entorno, que practicaban cotidianamente lo que ahora se etiqueta como «conservación cultural de la naturaleza». Sin embargo, como es notorio, por ejemplo, en España, el masivo abandono rural acompañado de la industrialización agraria, fortalecida por la «revolución verde», ha hecho olvidar o, sencillamente, ha reemplazado, las prácticas agrarias, ganaderas, silvopastoriles, pesqueras tradicionales y conservacionistas. Por ello, el referente actual suelen ser las comunidades de los pueblos originarios que se han mantenido en la defensa de sus prácticas conservacionistas, que se ha trasladado, incluso, a sus Constituciones, como se revisará *infra*.

Asimismo, es importante destacar que la conservación está basada en la comunidad, pues son las propias comunidades las que deben determinar su gobernanza y gestión, lo que conlleva, a su vez, muchos valores materiales e inmateriales, a saber: medios de subsistencia asegurados, resiliencia social, identidad cultural, espíritu comunitario, soberanía, significación espiritual, continuidad de la comunidad anfitriona como custodios de la diversidad biocultural (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 143). Por ello, a este tipo de protección también se le llama conservación basada en la comunidad y asimismo «Territorios de Vida». Son tan diversas como las personas y las comunidades con sus culturas que las custodian y son definidas por las siguientes características: comunidad y territorio, gobernanza, conservación y medios de vida. Las respalda un Consorcio, una asociación internacional sin fines de lucro en pro de los Pueblos Indígenas y las comunidades locales que gobiernan y conservan sus tierras, aguas y territorios, que reúne a más de ochenta países (35).

ICCA es la expresión internacional y genérica para denominar a todos aquellos territorios y áreas conservadas por comunidades locales, que en España se podrían corresponder, equiparar con los denominados «bienes comunales». Tradicionalmente se ha convivido con estos bienes (36), que constituyán el «colchón» de las capas sociales más humildes, pues podían acceder a los pastos, leñas, cultivos, sin ser propietarias. En el momento presente son referidos expresamente en la vigente Constitución (art. 132.1), pero después son asimilados a los bienes públicos, constituyendo, tan solo, una variedad de los mismos, ya que su titularidad es compartida entre los vecinos —a quienes corresponde el uso y aprovechamiento—, y el municipio —a quien

(35) Para mayor información sobre las ICCA y su Consorcio: <https://report.territoriessoflife.org/es/sobre-los-territorios-de-vida-y-el-consorcio-ticca/>.

(36) De gran tradición en nuestro país, véase A. Nieto García (1964) y asimismo R. Bocanegra Sierra (2008).

corresponde la administración— (ex. arts. 79.3 (37) y 80.1 (38) de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y la respectiva normativa autonómica sobre los bienes locales). En cualquier caso, en España en los últimos tiempos hay un movimiento en pro de su recuperación y revitalización, como es la llamada «Iniciativa comunales» (*iComunales*) (39), pues cabe recordar que fueron despreciados, de forma generalizada, desde la segunda mitad del siglo XVIII (40), por considerarse un régimen de propiedad arcaico e ineficiente, dada su gran simpatía por la propiedad privada y sus implicaciones. Se consideraba que la persistencia de recursos en muchas manos dañaba la libertad de comercio y bloqueaba la circulación de bienes. En el ámbito internacional, en la década de los ochenta del siglo pasado, han sido rescatados en términos teóricos y prácticos, fundamentalmente gracias a las indagaciones de Elinor Ostrom, galardonada con el Premio Nobel de Economía en 2009, precisamente por la investigación y aportación respecto a esta gobernanza comunal.

También se pueden encontrar ejemplos de ICCA, al margen de los bienes comunales, como, en todo caso, una variante de la figura ya conocida de la custodia del territorio. En este sentido, se encuentra el proyecto de «Micro Área Marina Protegida-AMP» (MAMP) que se está impulsando desde Canarias. El proyecto plantea un modelo innovador de gestión costera, basado en AMP de pequeñas dimensiones, impulsadas por las Administraciones locales y asociaciones ciudadanas, definidas por consenso social y vigiladas por los propios usuarios. Están destinadas a favorecer el desarrollo económico de múltiples sectores mediante el fomento de actividades turísticas y recreativas dentro del espacio. A su vez, potencian la actividad pesquera artesanal en las áreas adyacentes, la investigación, la cultura autóctona y, en definitiva, el desarrollo de toda la comunidad local.

En cualquier caso, esta corriente conservacionista fraguada en la concepción y expresión genérica de las ICCA, evidencia la superación de la dicotomía

(37) «Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos».

(38) «Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno».

(39) Que nació con la Declaración de Valdeavellano de Tera (Soria), en octubre de 2013. La Declaración, mediante un decálogo, reconoce lo que han significado los bienes comunales en nuestra historia, así como su potencial para afrontar los retos sociales, ambientales y económicos actuales. Se puede consultar: https://www.icomunales.org/que_hacemos/icca/.

(40) Y con el tiempo, incluso, enajenados, como sucedió en España, fundamentalmente, con la Ley de Desamortización General de 1855, conocida como «desamortización de Madoz», por el ministro que la impulsó. En Inglaterra, con los conocidos «enclosures» o cercamientos de los terrenos comunales en beneficio de los terratenientes, entre los siglos XVII y XIX, que empujaron al campesinado inglés a las ciudades, a sus fábricas, en condiciones muy precarias.

personas y naturaleza, pues no solo el campesinado y las comunidades locales no son problemáticas para la naturaleza, sino que, al contrario, favorecen su protección, máxime la gran antropización del territorio, pues apenas quedan ámbitos prístinos. Como se verá seguidamente, esta figura conservacionista puede considerarse ancestral y, a la vez, novedosa, innovadora.

IV. LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA O LA COSMOVISIÓN ECO-CÉNTRICA

1. Emergente marco jurídico de los derechos de la Naturaleza

En este momento corresponde revisar una novedosa estrategia conservacionista, que podría considerarse revolucionaria, al menos en Occidente, como es el reconocimiento de derechos a la Naturaleza. Conlleva una nueva generación de derechos, los derechos de la Naturaleza, para llegar a reconocer derechos subjetivos a una entidad natural. España puede considerarse precursora, tras la declaración de personalidad jurídica de un ecosistema costero: la laguna del Mar Menor, mediante la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, como se revisará.

En efecto, estamos ante un cambio de paradigma: *del derecho a la Naturaleza a los derechos de la Naturaleza*, mediante la introducción de nuevos marcos jurídicos, que reconocen a la Naturaleza, el derecho a existir, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales e integrales (S. Borràs Pentinat, 2020: 84). El proceso de atribución de derechos a la Naturaleza se ha producido concibiendo los *derechos de la naturaleza* como: «Los derechos de las especies no humanas, elementos del entorno natural y [...] objetos inanimados para una existencia continua no amenazada por las actividades humanas». (S. Borràs Pentinat, 2020: 86). Ya en la década de los ochenta del siglo pasado se habla del imperativo ecológico, «*in dubio pro Natura*», «antes que la magnitud ecológica del mundo haga inútil todo esfuerzo jurídico por resolverla» (G. Stutzin, 1984: 114). Se trata de un giro en la protección del ambiente, del *antropocentrismo al ecocentrismo*, y de la consideración de *la naturaleza de objeto a sujeto*. De hecho, juristas ambientalistas reconocidos internacionalmente, como el canadiense D. Boyd (2017), Relator especial de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y medio ambiente, han calificado esta nueva tendencia jurídica de «revolución legal» en el ámbito del Derecho internacional.

Como ya se ha adelantado, este enfoque no es novedoso en determinadas cosmovisiones, alejadas de la occidental (41), que nos recuerda que

(41) Que entraña con la cosmovisión animista que considera que tanto los objetos como cualquier elemento del mundo natural están dotados de alma o de energía, que todo está «vivo» y tiene un propósito, aunque no sepamos cuál es; no hay causalidad sino causalidad. De esta manera, *grossó modo*, la piedra es anticipación de un vegetal, el vegetal es

todo está conectado, que somos de la Vida, somos la tierra, la Pachamama, no la poseemos, nos posee, que nos resuena con formas de vida indígena. En efecto, la cultura de los pueblos originarios como de otras cosmovisiones —el budismo, el jainismo, incluso, en el seno de culturas cazadoras-recolectoras (42)— entienden la relación con los animales desde la interdependencia, no desde la dominación. De hecho, sus historias tradicionales presentan a los animales como sujetos con sus propios pensamientos y deseos, con los que los humanos comparten el territorio e incluso se prestan ayuda (M. Tafalla, 2022: 249). Muy diferente de la visión antropocéntrica generalizada que considera los animales meras herramientas que se explotan con el fin de obtener ganancias económicas. La naturaleza aparece separada del ser humano y cosificada, es decir, definida como una cosa u objeto para el disfrute y aprovechamiento humano.

No obstante, cabe recordar que en el contexto occidental surge la *hipótesis Gaia* propuesta por el químico James Lovelock, en 1969 —apoyada y difundida por la bióloga Lynn Margulis—, que considera que la Tierra tiene un comportamiento parecido al de un ser vivo: se autorregula para mantener condiciones favorables para la vida (J. Lovelock, 1985). El cosmos, que, no en vano, significa orden y organización, está vivo y en permanente dinamismo, en evolución. Más recientemente, en 2023, está cogiendo fuerza otra hipótesis que señala que el universo es una gigante red neuronal. En definitiva, nuestra casa, la Tierra, sería un organismo vivo y además pensante que se compartirá con todos sus elementos (43).

Por otra parte, la interconexión e interdependencia de la vida es evidente, incluso, en el propio ser humano, pues nuestros cuerpos no son agentes autónomos relativamente cerrados, sino más bien sistemas disipativos abiertos. Todo cuerpo humano está envuelto en una membrana semipermeable que permite selectivamente el acceso de elementos químicos: oxígeno, hidrógeno, nitrógeno, carbono, calcio, fósforo, potasio, etc., provenientes de la biosfera. De esta manera, nuestro cuerpo es tan solo uno entre la multitud de medios, procesos que albergan los elementos terrestres (J. Rifkin, 2022: 13-15).

anticipación del animal no humano y el animal no humano es anticipación del ser humano. Y actualmente la física cuántica lo corrobora en gran medida, como lo expone V. Shiva (2019: 28). Los pueblos originarios ni siquiera tienen un nombre para el animismo, ya que es su forma de ser/estar en el mundo, por lo que es un concepto relativamente moderno y occidental, fruto de la antropología del siglo XIX.

(42) Según sus normas éticas, la caza tan solo está moralmente legitimada para satisfacer las necesidades de subsistencia y nunca se debe matar a un animal que no se necesita. Y esta concepción se puede trasladar a todas las esferas de la vida de las comunidades indígenas que solo toman de la naturaleza lo estrictamente necesario para vivir.

(43) Como se puede consultar: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2023-06-14/teoria-ser-vivo-universo-red-neuronal_3664347/.

De esta manera, hasta la jurisprudencia comenzará a recoger esa cosmovisión como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^º, de 30 de noviembre de 1990, número 3851/1990, Fundamento de Derecho 17.2) que se refiere expresamente al ser humano como una parte integrante de la naturaleza y no como un ser destinado a dominarla para ponerla exclusivamente a su servicio (44). Se pone de manifiesto la conexión entre el medio natural y los derechos fundamentales a la vida y la salud de las personas, como expresamente se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, de declaración de personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor. También la normativa, como la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, que considera la naturaleza de los animales como seres sintientes (arts. 1, 24.1, 33.5).

En cualquier caso, el reconocimiento de la titularidad de la Naturaleza como sujeto de derechos será más fácil en los ordenamientos jurídicos que recogen la cosmovisión indígena, como se mostrará, que en los nuestros. No obstante, en la Unión Europea se considera ya como uno de los pilares de la transición ecológica (R. Martínez Dalmau, 2019: 14). Y, en España, como es sabido, tiene interés por la declaración de personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor.

Pero, ¿la Naturaleza puede ser sujeto de derechos? La respuesta es afirmativa pues el concepto de derecho es una construcción social, como sucede, por ejemplo, con los derechos de las personas jurídicas. Otra cuestión es si la Naturaleza debe ser sujeto de derechos *per se*, o para avanzar hacia la transición ecológica, para coadyuvar con la crisis ambiental o, por el contrario, es irrelevante que sea sujeto la Naturaleza. Antes de contestar a esta relevante cuestión veamos el contexto jurídico tanto internacional como comparado.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se han venido reconociendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas y se ha aceptado jurídicamente que los pueblos indígenas tienen una relación especial —colectiva y multidimensional— con la tierra, otorgándoles el derecho colectivo al territorio, la tierra y los «recursos naturales» (45), en contraste con la mercantilización occidental de la naturaleza. Entonces cabe preguntarse si se igualarán los derechos de la Naturaleza con los derechos de los pueblos

(44) Y recalcará que la «diferenciación entre males que afectan a la salud de las personas y riesgos que dañan otras especies animales o vegetales y el medio ambiente se debe, en gran medida, a que el hombre no se siente parte de la naturaleza sino como una fuerza externa destinada a dominarla o conquistarla para ponerla a su servicio. Conviene recordar que la naturaleza no admite un uso ilimitado y que constituye un capital natural que debe ser protegido».

(45) Convenio 169 de la OIT, Declaración ONU 2007, recomendaciones del Relator especial, jurisprudencia Corte Inter-Americana y Corte Africana de derechos humanos.

indígenas. En este sentido se reconoce que este debate académico sobre el giro ecocéntrico en el Derecho internacional es un gran avance para que se superen los límites antropocéntricos del paradigma de los derechos humanos y afrontar la crisis medioambiental mundial. El territorio indígena se ha transformado de un objeto de derecho a un sujeto de derecho colectivo. Desde una comprensión indígena no solamente los humanos, sino también las montañas, los ríos, las piedras, entre otros, son seres vivos, por lo cual pueden sufrir daño y ser víctimas de violaciones. En consecuencia, la «Madre Tierra» está viva, es sagrada y todo es uno, interrelacionado e interdependiente con los seres humanos: interrelación ser humano-tierra-múltiples sistemas de vida (46). Sin embargo, los derechos de la Naturaleza no representan suficientemente las visiones y las prácticas indígenas de la defensa de los múltiples sistemas de vida que se encuentren en lo que se denomina jurídicamente «el Territorio». También hay críticas ante lo que se considera una «moda legal» de los «derechos de la Naturaleza», porque, aunque implica un giro ecocéntrico, muchos de sus defensores no cuestionan los orígenes y prácticas coloniales legales, sino que tienden a romantizar las prácticas indígenas, revelando la distancia de la realidad jurídica eurocéntrica.

Este emergente marco jurídico de los derechos de la Naturaleza podría implicar también riesgos para su garantía y protección efectiva, como, en ocasiones, ha sucedido con las medidas tradicionales de conservación. En efecto, a menudo se han violado los derechos de los pueblos indígenas (47), como es sabido, por ejemplo, expulsándoles de sus territorios para su declaración de espacios naturales protegidos, cuando obviamente la presencia de estas comunidades tan cuidadoras de su entorno no son ninguna amenaza, sino todo lo contrario.

Por otra parte, surge el planteamiento de quién debe garantizar la protección y efectividad de estos derechos, en caso de un posible reconocimiento de derechos a favor de la Naturaleza (S. Borràs Pentinat, 2020: 85). En este sentido, cabe señalar que los avances no solo se han producido normativamente, sino también jurisprudencialmente, especialmente en el reconocimiento de derechos de determinados recursos, como bosques y ríos. Asimismo, reconociéndose «daños generacionales», que se definen como «aquellos que por su magnitud repercuten no solo en la generación actual, sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras [...]» (S. Borràs Pentinat, 2020: 89). Cabe referirse a decisiones judiciales en Colombia, que incorpora la

(46) C. Jewett & M. Garavan (2019: 42-58); D. McGregor (2020); Z. Todd (2016: 4-22).

(47) Como se señala en el informe anual para la Asamblea General ONU (2016) sobre medidas de conservación y derechos de los pueblos indígenas.

noción del territorio como víctima del conflicto armado (48), en relación con el Decreto-Ley 4633 del 2011 (art. 45), conocido como el Decreto Ley de Víctimas para las Comunidades Indígenas. En efecto, el territorio se considera un ser vivo, ser sintiente, sujeto de derecho y además víctima del conflicto armado que puede tener voz en el contexto de la justicia transicional (49). Esta norma plantea que los pueblos indígenas tienen «vínculos especiales y colectivos» con «la Madre Tierra» (art. 3) y tienen derecho a la «convivencia armónica en los territorios» (art. 29).

Por la parte normativa, cabe referirse a Ecuador que en 2008 se convirtió en el primer país en incluir los derechos de la Naturaleza —la *Pachamama* o Madre Naturaleza— en su Constitución, aprobada mediante referéndum, realizado el 28 de septiembre de 2008. Este reconocimiento constituye la culminación, en materia ambiental, de un proceso de constitucionalización del medio ambiente que se ha venido desarrollando en los países latinoamericanos (N. Garay Montañez, 2021: 241-276). Pues, con matices, siguió la Constitución de Bolivia de 2009, posteriormente Colombia, abriendose a otras áreas, como Nueva Zelanda, la India, Australia, hasta alcanzar una dimensión global, con la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 22 de abril de 2011, *el día de la Madre de la Tierra*, del programa «Armonía con la Naturaleza» (50).

En abril de 2010, en Cochabamba, Bolivia, 30.000 personas de más de cien países se reunieron para crear un documento llamado «La Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra», que tiene la intención de complementar la «Declaración Universal de Derechos Humanos», de 1948. Como está liderada por naciones andinas, la declaración está actualmente redactada en un lenguaje que refleja el pensamiento indígena y el enfoque subyacente de protección de la naturaleza.

En el año 2014, los líderes del Grupo de los 77 (una coalición de países en desarrollo) y de China se reunieron en Bolivia y adoptaron la *Declaración y el Plan de Acción de Santa Cruz de la Sierra*, «Hacia un nuevo orden mundial

(48) Norma por la que se establecen medidas específicas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales para las comunidades y grupos indígenas. Para mayor información: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9739.pdf>.

(49) La justicia transicional tiene sus raíces en el Derecho internacional de los derechos humanos para garantizar la rendición de cuentas, lograr la reconciliación y la prevención de nuevas violaciones en las sociedades que intentan reconstruir y superar una historia violenta marcada por graves violaciones de los derechos humanos por conflictos armados, por contextos de gran represión o de otro tipo. Para mayor información: <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice/about-transitional-justice-and-human-rights>.

(50) Para mayor información: <http://www.harmonywithnatureun.org>.

para vivir bien». La Declaración llama reiteradamente a «vivir bien en armonía con la Madre Tierra», resalta la necesidad de respetar el planeta y se refiere al reconocimiento de los «derechos de la naturaleza» en algunos países. Además, se ha planteado el establecimiento de una Corte Internacional de Justicia Ambiental para hacer que los países se responsabilicen de cumplir con sus compromisos respecto al cambio climático. El tribunal fue creado también en respuesta a la percepción entre los ecuatorianos de que su Gobierno —del entonces presidente Correa— no estaba haciendo cumplir las disposiciones pioneras de los derechos de la Naturaleza de la Constitución del Ecuador.

En realidad, en la Constitución de Ecuador se recogió un concepto indígena denominado «*sumak kawsay*», que aproximadamente se traduce como «buen vivir» o de modo más correcto como «coexistencia armoniosa», refiriéndose a las relaciones entre las personas, la naturaleza y la sociedad. El buen vivir se opone al capitalismo especulativo, a la subyugación de la naturaleza, a la búsqueda del crecimiento económico sin límites y a la influencia corrosiva del consumismo. No obstante, existen contradicciones preocupantes en la Constitución del Ecuador. Por ejemplo, aunque se reconocen los derechos de la Naturaleza, los derechos de los indígenas, sus elementos, tales como el agua, la biodiversidad y los hidrocarburos, se definen como recursos estratégicos del Estado. El artículo 407 prohíbe la extracción de recursos no renovables en parques nacionales y áreas protegidas, pero permite que el presidente levante la prohibición con el consentimiento de la Asamblea Nacional. Así ocurrió con los recursos petrolíferos del Parque Nacional Yasuní, que quizás se hubiera evitado con un liderazgo responsable (y también creativo), por ambas partes, Ecuador y Naciones Unidas, con la consideración del Parque Nacional, por ejemplo, como «patrimonio común de la humanidad» (51) o asimilable. De esa manera, Ecuador hubiera podido llegar a un acuerdo económico con Naciones Unidas, que le compensara, impidiendo extraer el petróleo de dicha zona, como finalmente sucedió, con el recurrente argumento de ser un país con muchas carencias económicas. Como se evidencia, Ecuador volvió a apostar por la extracción de recursos naturales, a pesar de causar daños ambientales extensivos y menoscazar la salud de muchos pueblos indígenas. En el año 2009, una nueva ley de minería autorizó minas a cielo abierto que se habían detenido durante dos décadas debido a protestas sociales y ambientales. El presidente Correa sostuvo que los impactos ambientales serían mitigados a través de leyes fuertes y mejores prácticas, argumentando que «no se puede

(51) Siguiendo el ejemplo —*mutatis mutandis*— de otros espacios así declarados y protegidos de su explotación, como la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, cuya exploración y explotación se realizarán en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados (Convenio de Derecho del Mar, de 1982, art. 136).

concebir la vida moderna sin minería». Asimismo, Bolivia comparte con Ecuador la necesidad de hacer malabarismos con las prioridades conflictivas de reducir la pobreza y proteger la naturaleza.

Por otra parte, este giro al ecocentrismo fomenta algo muy necesario y reclamado desde el Derecho ambiental, como es incrementar la democracia (ambiental) para proteger la naturaleza (S. Borràs Pentinat, 2020: 108), mediante el papel de los movimientos sociales, de la sociedad civil organizada, constituyendo un posible reflejo de una nueva tendencia bottom-up (de abajo arriba) para acelerar este proceso y solucionar la crisis ambiental (52). En este sentido, el ejercicio de derechos reconocidos a la ciudadanía europea puede abrir potenciales espacios más democráticos, permitiendo articular vías de participación como las procedentes del conocido como Convenio de Aarhus (53) (E. Salazar Ortuño: 2019).

Precisamente, de las posibles opciones para promover el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza o algunos de sus componentes, la que tiene más desarrollos y potencialidades en la Unión Europea es la procedural: bien garantizando el acceso a la Justicia en temas ambientales para proteger a la naturaleza (vía directa), bien garantizando los derechos humanos de la ciudadanía europea afectada por la degradación ambiental para proteger a la naturaleza (vía indirecta) (S. Borràs Pentinat, 2020: 108). Pero, además del reconocimiento de la naturaleza como persona jurídica y de la defensa procesal de sus derechos, se puede considerar una tercera opción, a saber: establecer *un régimen de custodia*. Es decir, en lugar de reconocer directamente derechos sustantivos a la Naturaleza, implantar obligaciones humanas —no derechos humanos— de protección. Se trataría de un nuevo marco jurídico innovador que comprende: los derechos de la Naturaleza, el derecho humano a un medio ambiente sano, los derechos de las generaciones futuras (54), el Defensor del Pueblo para la Naturaleza, un sistema judicial alternativo y la gobernanza comunitaria ecológica, que cabe reconocer se ha inspirado en países como Ecuador y Bolivia.

En cualquier caso, cabe referirse, a las objeciones, reservas y críticas que desde la dogmática jurídica y desde el ámbito académico del Derecho

(52) Se considera que «toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza» (art. 71 Constitución de Ecuador).

(53) Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (DO L 124 de 17.5.2005).

(54) Y la importante figura del Defensor de las generaciones futuras que se prevé: M. Castañón Del Valle (2017).

surgen respecto a cómo «hacer hablar» a esos sujetos a los que la ley reconoce derechos; quién hablará en su nombre, como lo señala T. Vicente Giménez (2023:20). En este contexto, de «dar voz a la Naturaleza», considero que podría tener mucho protagonismo la gobernanza comunal —los bienes comunales—, que sucintamente han sido referidos *supra*, donde las comunidades locales, como sucede con los pueblos indígenas, tienen «vínculos especiales y colectivos» con «la Madre Tierra», tienen derecho a la «convivencia armónica en los territorios». En efecto, la gobernanza comunal, estudiada por la citada autora, Ostrom (2011), en ciento de comunidades por doquier, conlleva la autoorganización social en torno a un bien gestionado en común, como puede ser un espacio natural, por ejemplo, la laguna del Mar Menor (con sus municipios ribereños), que seguidamente se revisa, junto a su gobernanza, por su interés y conexión.

2. La declaración legal de la personalidad jurídica de la laguna del Mar Menor

La corriente conservacionista de los derechos de la Naturaleza tiene importancia en nuestro país, como se ha adelantado, pues respalda la protección de un espacio del litoral: el Mar Menor, que con una superficie de 135 km², es la mayor laguna costera del Mediterráneo español y una de las más grandes del Mediterráneo occidental (55). Sin embargo, desde hace un tiempo, sufre un deterioro muy relevante, llegando a colapsar ecológicamente, a pesar de ser objeto de numerosas normativas conservacionistas y figuras de protección —por ejemplo, con doce áreas de protección procedentes de la Red Natura 2000 UE—. En efecto, las aguas de la laguna costera sometidas, desde los años setenta del siglo pasado, a una intensa urbanización y a un cambio de modelo agrícola —de secano a regadío y de tradicional a intensivo—, empezaron a reverdecer en 2012. Posteriormente, varios episodios de entrada masiva de nutrientes, en 2016 y 2019, terminaron por romper el equilibrio ecológico y este lugar único se convirtió en una sopa verde; una crisis ambiental sin precedentes, que acabó con gran parte de la biodiversidad de la zona (56).

¿Se puede hablar de la muerte —o el asesinato— de una laguna como si se tratara de una persona? Ese es el cambio de paradigma jurídico que

(55) «Con una profundidad media de 4 m y máxima de 7 m, se encuentra separada del mar Mediterráneo por una barra arenosa sobre afloramientos rocosos de origen volcánico de 22 km de longitud y una anchura de entre 100 y 1.500 m (denominada “La Manga”), que se encuentra atravesada por cinco canales o golas de comunicación con el mar Mediterráneo» (Exposición de Motivos, Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca).

(56) <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/mar-menor/default.aspx>.

busca introducir una *Iniciativa Legislativa Popular* (ILP) (57), que, tras superar el medio millón de firmas, ha sido debatida y votada en el Congreso de los Diputados (58), dando lugar a la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (Ley personalidad Mar Menor, en adelante). Se reconoce a este espacio costero como sujeto de derechos (art. 1) «con base en su valor ecológico intrínseco y la solidaridad intergeneracional, garantizando así su protección para las generaciones futuras» (Exposición de Motivos). «Se le reconoce también el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente, que incluirá todas las características naturales del agua, las comunidades de organismos, el suelo y los subsistemas terrestres y acuáticos que forman parte de la laguna del Mar Menor y su cuenca» (art. 2.2.a Ley personalidad Mar Menor).

Como reconoce la Ley personalidad Mar Menor «ha llegado el momento de dar un salto cualitativo y adoptar un nuevo modelo jurídico-político, en línea con la vanguardia jurídica internacional y el movimiento global de reconocimiento de los derechos de la naturaleza» que entraña, claramente, con la cosmovisión indígena, como se observa de la Exposición de Motivos cuando señala que «la laguna pasa de ser un mero objeto de protección, recuperación y desarrollo, a ser un sujeto inseparablemente biológico, ambiental, cultural y espiritual».

En cualquier caso, los expertos aseguran que la situación crítica en el Mar Menor es reversible «si actuamos de forma urgente» (59). La Asociación

(57) La masiva mortandad de peces de 2019 también fue clave para que Teresa Vicente Giménez, profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia, especializada en la Justicia ecológica, acabara registrando la ILP, el 29 de julio de 2021. Asimismo, cabe subrayar que dicha profesora ha sido reconocida con el premio Goldman 2024, considerado como el Nobel del medioambiente.

(58) La Junta Electoral Central remitió al Congreso de los Diputados la ILP para el reconocimiento de la personalidad jurídica del Mar Menor. Este órgano había tomado conocimiento el 27 de octubre de 2021 de la remisión de las casi 640.000 firmas reunidas por los promotores de esta ILP, cifra superior a los 500.000 apoyos que requiere una iniciativa de este tipo para poder ser tramitada (art. 87.3 Constitución española). Sobre el procedimiento de la ILP y su movimiento social, véase T. Vicente Giménez (2023: 105-135).

(59) En este sentido, cabe mencionar el Marco actuaciones prioritarias ([miteco.gob.es](https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/mar-menor/marco-actuaciones-prioritarias.html)) presentando desde el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en noviembre de 2021, y que el seguimiento científico sobre el estado del Mar Menor está siendo realizado por parte de los organismos científicos dependientes del CSIC, quienes han elaborado a fecha de 7 de febrero de 2022 el Informe ejecutivo sobre la evolución reciente del estado del Mar Menor (<https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/mar-menor/mejora-conocimiento.html>). Para mayor información: <https://www.miteco.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/mar-menor.html>. Asimismo, desde la Consejería de Agua, Agricultura, Ganadería, Pesca y Medio Ambiente de Murcia y su Dirección General del Mar Menor se realiza su monitorización: <https://canalmarmenor.carm.es/>.

de Naturalistas del Sureste (ANSE) (60) junto con WWF y muchos estudios, de dentro y fuera de la Academia, llevan tiempo trabajando y advirtiendo de que sólo será posible recuperar la funcionalidad de este ecosistema «si nos replanteamos el actual modelo de gestión, se garantiza el cumplimiento de la legalidad respecto al uso del agua y los nutrientes, y las soluciones planteadas se orientan fundamentalmente a las causas de este problema y no a sus impactos». Es decir, si se reconoce que existe un enfrentamiento entre la expansión económica y la conservación ambiental, que, de momento, desgraciadamente, vence la primera, cuando debería haber una visión sistémica de las relaciones entre la economía y el ambiente, puesto que la economía es un subsistema del ecosistema físico global finito (J. Martínez Alier, J. Roca Jusmet, 2013) o de la «Casa común» (Papa Francisco, 2015): nuestro planeta azul.

3. La gobernanza o la «tutoría del Mar Menor»

La Ley personalidad Mar Menor, tras describir los elementos biogeográficos y acuíferos que conforman la laguna costera (art. 1 a) y b), le reconoce «los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños» (art. 2.1). La segunda parte del precepto es muy reseñable pues los derechos indicados (art. 2.2) no serán solo protegidos por lo público, por las Administraciones, como siempre ha sucedido, sino que además estarán *al cargo*, los habitantes ribereños, es decir, la vecindad, la ciudadanía. Se trata de una novedad muy importante pues marca la diferencia con las anteriores normas conservacionistas y además puede ser la clave para el éxito de la aplicación de esta norma y, por ende, de este cambio de paradigma y, en definitiva, el bienestar de la laguna del Mar Menor. En efecto, las Administraciones públicas siempre han estado velando por la protección del entorno y el cumplimiento de sus normas, como se incide en esta misma Ley personalidad Mar Menor (art. 7), pero cabe reconocer con resultados parcos, en general, como es sabido y, en particular, para el ecosistema objeto de interés, la laguna del Mar Menor.

Entonces, el interés de esta norma recae en su gobernanza y, más en concreto, en el nuevo agente que se suma a la protección del entorno: la ciudadanía, que va a tener protagonismo en dos de los tres órganos que conformarán la denominada «tutoría del Mar Menor». Además, como señala la Ley personalidad Mar Menor, «Al mismo tiempo, otorgar derechos a la entidad natural del mar Menor, fortalece y amplía los derechos de las personas que viven en el área de la laguna, y que resultan amenazados por la degradación ecológica: los llamados derechos bioculturales» (Exposición de Motivos). La citada Tutoría se conforma por un *Comité de Representantes*, compuesto por

(60) <https://www.asociacionanse.org/quienes-somos/>.

representantes de las Administraciones públicas que intervienen en este ámbito y de la ciudadanía de los municipios ribereños; una *Comisión de Seguimiento* (los guardianes o guardianas de la Laguna del Mar Menor); y un *Comité Científico*, del que formará parte una comisión independiente de científicos y expertos, las universidades y los centros de investigación (art. 3.1).

Más en concreto, el Comité de los Representantes se integra de trece miembros, a saber: tres por la Administración del Estado, tres por la Comunidad Autónoma y siete por la ciudadanía, que inicialmente serán los miembros del Grupo Promotor de la ILP. Tiene entre sus funciones la propuesta de actuaciones de protección, conservación, mantenimiento y restauración de la laguna, y también la de vigilancia y control, de acuerdo con las aportaciones de la Comisión de Seguimiento y del Comité Científico (art. 3.2).

La Comisión de Seguimiento, cuyos miembros tienen el significativo nombre de guardianes/as, calando la importancia de su gobernanza, se conforma exclusivamente por la ciudadanía, de la siguiente manera (siempre, una persona titular y una suplente): por un lado, en representación de los municipios ribereños (Cartagena, Los Alcázares, San Javier, San Pedro del Pinatar, Fuente Álamo, La Unión, Murcia y Torre Pacheco) y designadas por los respectivos Ayuntamientos y renovadas tras cada periodo de elecciones municipales; y, por otro lado, en representación de cada uno de los siguientes sectores económicos, sociales y ambientales: asociaciones empresariales, sindicales, vecinales, de pesca, agrarias, ganaderas —con representación de la agricultura y ganadería ecológica y/o tradicional—, de defensa ambiental, de lucha por la igualdad de género y juveniles. De acuerdo con ese carácter de guardián, las personas deberán tener una trayectoria previa en la defensa del Mar Menor y serán designadas por las organizaciones más representativas de los respectivos sectores, bajo la supervisión del Grupo Promotor y para un periodo renovable de cuatro años. Esta Comisión tiene como funciones la difusión de información sobre la Ley Personalidad Mar Menor, pero sobre todo sería destacable el seguimiento y control de su cumplimiento, con el respaldo de los informes del Comité científico (art. 3.3).

El Comité Científico se conforma por científicos y expertos independientes de reconocido prestigio y sin remuneración, especializados en el estudio del Mar Menor, propuestos por Centros de investigación (Universidades de Murcia y Alicante, por el Instituto Español de Oceanografía —Centro Oceanográfico de Murcia—, por la Sociedad Ibérica de Ecología y por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas) para un periodo de cuatro años renovable, para asesorar a los anteriores Comités e identificar los indicadores sobre el estado ecológico del Mar Menor, sus riesgos y medidas de restauración, que comunicará a la Comisión de Seguimiento (art. 3.4).

Esta gobernanza o Tutoría del Mar Menor requiere ser desarrollada para concretar sus funciones, composición y forma de constituirse, y para ello desde

2023 hay un proyecto de Real Decreto de la Ley personalidad Mar Menor, que ha sido sometido a alegaciones, pero todavía no se ha aprobado. El proyecto del Real Decreto señala que la Tutoría estará asistida por una Gerencia para garantizar el funcionamiento y dar apoyo técnico (art. 2.5). Se faculta a la Tutoría para solicitar el número de identificación fiscal a nombre de la «Laguna del Mar Menor y su cuenca», para consolidar su personalidad jurídica y poder operar para la contratación de personal, de bienes y servicios, llevar la gestión económica, de acuerdo con la Ley personalidad Mar Menor, sus reglamentos y las normas de Derecho privado que resulten de aplicación (art. 4 b). Asimismo, se reconoce el voluntariado como mecanismo de participación, facultando a dicha Tutoría para concertar los acuerdos que estime pertinentes según la Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia (art. 2.6).

En coherencia con la importancia de la gobernanza ciudadana y su relevante labor de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la normativa es destacable el reconocimiento de la «acción popular» que se presentará «en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada» (art. 6). Se refuerza y cobra mucho sentido la acción popular pues podrá ser una vía muy habitual para ejercer, especialmente, por los guardianes y guardianas de la laguna del Mar Menor, a diferencia de la acción popular de otras leyes administrativas que no tienen vinculada esa gobernanza ciudadana.

Revisadas las normas que respaldan la declaración de personalidad del Mar Menor es notorio que se incrementa la democracia ambiental para proteger la naturaleza, algo muy deseable y oportuno que entraña, como ya se ha adelantado, con los bienes comunales. Incluso se pueden considerar los derechos de la naturaleza y los bienes comunales como dos caras de la misma moneda, como se justifica a continuación.

Siguiendo la caracterización de Ostrom, los bienes comunales o bienes comunes, en su terminología más actual, implican otra forma de gestionar los recursos y organizar la sociedad, mediante el empoderamiento de la ciudadanía (61) y la práctica de la ética de la economía del acceso y de la suficiencia. Los bienes comunes es un concepto jurídicamente en construcción, aunque en realidad es un concepto que se recupera pues tiene reminiscencias muy antiguas y dispersas —y un germen puede encontrarse en las *res communis omnium*, «cosas comunes» del Derecho Romano (62), pasando por nuestros «bienes comunales», para reinventarlo y con perspectiva de mantenerse en el tiempo.

Ostrom encontró en estos bienes tres elementos, a saber: el *material*, los bienes mismos en común; el *social*, los individuos o comunidad determinada;

(61) Entendiendo como tal el desarrollo de la confianza de las personas en sus propias capacidades, tanto las personales como las derivadas de la cooperación y colaboración.

(62) A este respecto, véase F. López Ramón (2012).

y el *regulativo*, conjunto de normas —acuerdos consuetudinarios o positivizados—, en beneficio de toda la comunidad y el bien común, que puede evolucionar conforme la realidad lo requiera. Estos tres elementos son estructurales, conformando un todo integrado e interdependiente, de manera que si una comunidad gestiona responsablemente un bien —que puede ser tanto público como privado—, estaremos ante un bien común, pero si, en un momento dado, desaparece esa comunidad, el bien volvería a su régimen jurídico original, ya fuera público o privado.

Entonces, la laguna del Mar Menor con su declaración de personalidad jurídica debería ser gestionada como un bien común, pues reúne los tres elementos, a saber: el *material*, el espacio costero, la laguna del Mar Menor; el *social*, la ciudadanía, en concreto, el Comité de los Representantes y los/las guardianes/as de la Comisión de Seguimiento; y el *regulativo*, toda la normativa que respalda a este espacio, en especial, la que declara su personalidad jurídica y su sucesivo desarrollo, pues es la que concreta las funciones de la Tutoría del Mar Menor y otorga el protagonismo a la ciudadanía. Como se ha destacado, es la nota diferenciadora con las anteriores normativas conservacionistas y la que seguramente preserve al espacio costero en cuestión, como ha quedado demostrado en cientos de bienes comunes estudiados por Ostrom (2011) y desde tiempo inmemorial (63). Entonces, la laguna del Mar Menor como un bien común tendrá la voz necesaria para hacerse oír, valer y protegerse; en definitiva, se amplificará la «Tutoría del Mar Menor».

Asimismo, dicha gobernanza comunal podría ser complementada con las «Asambleas ciudadanas del clima» (F. López Ramón, 2021: 119-147). Estas Asambleas ciudadanas se recogen en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (art. 39.1) y en las respectivas normativas autonómicas. Constituyen una experiencia ejemplar de innovación democrática —democracia deliberativa— e inteligencia colectiva (64), con una

(63) En este sentido, cabe hacer hincapié que, en ciertas latitudes, culturas indígenas, es un concepto arraigado, pues no ha dejado de tener presencia, al constituir su *modus vivendi*. En efecto, toda su existencia gira en torno a la comunidad, a la vida en común y al respeto de la naturaleza, de manera, que no hay un concepto específico para esta forma de proceder, pues constituye su cosmovisión (indígena), que se traslada a su modo de vivir habitual y que sería —*mutatis mutandis*— sinónimo de los bienes comunes, en la terminología actual y occidental.

(64) Ya se ha celebrado la primera Asamblea ciudadana del clima del Estado —de noviembre de 2021 a mayo de 2022—, de acuerdo con la Orden TED/1086/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece la composición, organización y funcionamiento de la Asamblea Ciudadana para el Clima. Cabe señalar que ha sido muy fructífera, como lo demuestra, entre otras, la constitución, a iniciativa de numerosos exasambleístas, de la Asamblea cívica por el clima, de alcance nacional. Asimismo, en nuestro país ya han tenido lugar otras Asambleas ciudadanas por el clima, como la de Mallorca y la de Cataluña.

metodología y modelo de gobernanza, en auge en Europa y en el mundo, con posibilidades de participación y acción de la sociedad civil, para el presente y futuro complejo que nos toca vivir. Estas Asambleas ciudadanas podrían crearse en el entorno de la laguna del Mar Menor —municipios ribereños, Comunidad Autónoma de Murcia—, reforzando el control y la vigilancia por parte de la Tutoría, de la guardería de la laguna del Mar Menor y de su gobernanza comunal.

V. HACIA EL PARADIGMA RESTAURATIVO

1. El contexto internacional y europeo de la restauración de los ecosistemas

No cabe duda de que se debe parar la pérdida y el deterioro de la biodiversidad, que crece sin cesar, a pesar del aumento de espacios protegidos. Entonces se evidencia que la protección de ecosistemas saludables, aunque de vital importancia, ya no es suficiente. Como señala Naciones Unidas: «En pocas palabras, necesitamos más naturaleza. La buena noticia es que la naturaleza tiene una extraordinaria capacidad de renovación. Si bien algunos ecosistemas se están acercando a un punto de inflexión (65) del que no pueden recuperarse, muchos otros pueden florecer nuevamente si detenemos el daño y restauramos su salud, biodiversidad y productividad» (66). De esta manera, Naciones Unidas, en la 15º Conferencia de las Partes (COP) del Convenio sobre Diversidad Biológica, en diciembre de 2022, declara el «Decenio sobre la Restauración de Ecosistemas 2021-2030» (67), en el *Marco Mundial Kunming-Montreal de la Diversidad Biológica* (68), que tiene tres claros objetivos, a saber: abordar la pérdida de biodiversidad, *restaurar los ecosistemas* y proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, con 23 metas de actuación, entre ellas, «Restaurar

(65) Cuando los impactos acumulativos alcanzan un determinado umbral, el cambio se autopropaga y da lugar a un cambio sustancial, a menudo abrupto y potencialmente irreversible (WWF: 2024).

(66) Informe de PNUMA y FAO: 2021.

(67) Y para lanzarlo se publicó un *Informe Generación* «Restauración de ecosistemas para las personas, la naturaleza y el clima», que tiene por objetivo prevenir, detener y revertir la degradación de los ecosistemas en todos los continentes y océanos; como medida para luchar contra el cambio climático y mejorar la seguridad alimentaria, el suministro de agua y la biodiversidad: <https://www.decadeonrestoration.org/es>; <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/nueva-decada-de-la-onu-para-la-restauracion-de-los>.

(68) Que ha sido promovido como un «Acuerdo de París por la Naturaleza» y sucede al Plan Estratégico para la Biodiversidad 2011-2020 (incluidas las Metas de Aichi para la Biodiversidad). Para mayor información se puede consultar la Revista Ambiente nº 129, septiembre 2021, con el tema: Vivir en armonía con la naturaleza en 2050.

de manera efectiva el 30% de los ecosistemas terrestres, costeros, marinos y de aguas continentales».

En este contexto, la Unión Europea considera que proteger la naturaleza es un primer paso como lo demuestra con su Red Natura 2000, la mayor red de espacios protegidos del mundo, como es sabido, pero apuesta por dar un paso más, para poder frenar las devastadoras expectativas: pérdida acelerada de especies, escasez de agua dulce, erosión del suelo y una mayor vulnerabilidad frente a desastres naturales. Esta apuesta es la *restauración*, un desafío complejo, pues no es suficiente con conservar lo que queda, sino que se debe recuperar todo lo que se pueda. En este contexto, se aprobó la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE (69). Sin embargo, destaca el Reglamento (UE) 2024/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2024 relativo a la restauración de la naturaleza y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2022/869 (70) (Reglamento Restauración, en adelante), que ha entrado en vigor el 18 de agosto de 2024. Es una normativa pionera en Europa y en el mundo, por su especial dedicación, intensidad y trasversalidad respecto a la restauración, pues, aunque, desde hace un tiempo ya se recogía en los ordenamientos nacionales como España, no era de forma holística ni con tanta profundidad, de ahí que se pueda hablar del paradigma restaurativo. El Reglamento Restauración se ampara en el cumplimiento de la Estrategia de la Unión Europea sobre la biodiversidad 2030, fruto a su vez del Nuevo Pacto Verde Europeo. Se debatió durante mucho tiempo, teniendo que superar muchos obstáculos antes de su adopción, incluso se temió por su aprobación, mostrando las tensiones internas entre los diferentes Estados de la Unión Europea, así como la resistencia a la aplicación de ciertas medidas ambientales, como se irán viendo. Finalmente, la norma fue aprobada con los votos a favor de veinte países —entre ellos España—, la oposición de seis y la abstención de Bélgica.

Pero, en qué consiste la restauración. Frente a la visión tradicional de la conservación, dedicada a evitar impactos en un entorno cada vez más degradado, la restauración *grosso modo* busca recuperar parte de lo perdido, regenerando, para conseguir un medio natural más diverso —tanto terrestre como marino—, a largo plazo y, por ende, resiliente para afrontar mejor

(69) Incorporada a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras. *Grosso modo* persigue minimizar cualquier efecto negativo sobre el medio ambiente y sobre la salud de las personas, volviendo al estado originario si es posible o, en su caso, a otro más próximo.

(70) DO L de 29.7.2024.

las adversidades. En España, la Ley Biodiversidad califica la restauración de ecosistemas como el «conjunto de actividades orientadas a restablecer la funcionalidad y capacidad de evolución de los ecosistemas hacia un estado maduro» (art. 3.32) (71). La Ley personalidad Mar Menor, precisamente, uno de los derechos reconocidos es el «derecho a la restauración» que requiere una vez producido el daño en la laguna, *acciones de reparación* que restablezcan la dinámica natural y la resiliencia, así como los servicios ecosistémicos asociados (art. 2.2 d). Y según la definición legal del Reglamento Restauración es «el proceso de contribuir activa o pasivamente a la recuperación de un ecosistema para mejorar su estructura y funciones, con el objetivo de conservar o aumentar la biodiversidad y la resiliencia del ecosistema, mediante la mejora de una zona de un tipo de hábitat hasta que se encuentre en buena condición, el restablecimiento de un área favorable de referencia y la mejora del hábitat de una especie hasta alcanzar una calidad y cantidad suficientes» (art. 3. 3), de acuerdo con los objetivos, obligaciones e indicadores establecidos (arts. 4, 5, 8 y 12).

Por consiguiente, la restauración proporciona una protección evolucionada de los ecosistemas pues ayuda a la biodiversidad a recuperarse, no solo evitando extinciones de especies, sino también a que estas mantengan poblaciones sanas que les permitan realizar sus funciones, para combatir la erosión del suelo y para recuperar la fertilidad del suelo las tierras que ya han perdido por las prácticas intensivas, industriales. La restauración pone, el foco en los procesos, las funciones y las relaciones. Su propuesta es sistémica: restaurar los procesos ecológicos, las interacciones dinámicas que las especies mantienen entre ellas y con los elementos abióticos. Asimismo, los ecosistemas sanos capturan carbono y la vegetación reduce la temperatura y limpia la atmósfera, favoreciendo la disminución de la crisis climática. Tales beneficios no solo involucran a la zona restaurada, sino que también se extenderán fuera.

Pero, cómo se restaura. Precisamente, el anexo VII del Reglamento Restauración recoge hasta treinta y tres ejemplos de medidas de restauración, con una cierta graduación, de manera que se podría decir que hay medidas más leves como «Establecer protecciones ribereñas, como bosques, franjas de protección, prados, o pastos ribereños» (9), pasando por medidas intermedias como «Detener o reducir el uso de plaguicidas químicos, así como de abonos químicos y de estiércol animal» (19), hasta llegar a otras más drásticas como la de «Convertir zonas industriales abandonadas, antiguas zonas industriales y canteras en espacios naturales» (33). Pero la medida determinante para la efectividad de la restauración es la «conectividad» (B. Büscher y R. Fletcher,

(71) Cabe señalar que la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley Biodiversidad recogerá la «Estrategia estatal de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas» (art. 15).

2022: 28) entre ecosistemas, territorios, ríos, formando una red a la mayor escala posible, idealmente a escala continental, de modo que los animales puedan desplazarse libremente, manteniendo la diversidad genética, evitando la endogamia al tiempo que facilita procesos ecológicos como la dispersión de semillas y el traslado de nutrientes. En este sentido, cabe destacar que España puede ser un referente en la conectividad por su gran patrimonio de vías pecuarias, una tupida red de más 125.000 km de longitud y 425.000 ha de superficie. En cualquier caso, dada la importancia que tiene la conectividad, el Reglamento Restauración le dedica especial atención (72), por lo que se incidirá de nuevo.

2. Los Planes Nacionales de Restauración

De acuerdo con las anteriores aclaraciones, el Reglamento Restauración obligará a los Estados miembros a restaurar sus ecosistemas degradados y no solo a proteger los ya existentes pues tiene como objetivo general comunitario, revertir el deterioro de la naturaleza y recuperar unos ecosistemas ricos en biodiversidad y resilientes tanto terrestres como marinos; lograr la neutralidad climática y reforzar la adaptación frente a los efectos del cambio climático; y mejorar la seguridad alimentaria, mediante la restauración del 20% de la superficie terrestre y marina de la Unión Europea para 2030, y todos los ecosistemas que necesitan restauración para 2050 (art. 1). Al tratarse de un objetivo conjunto para todos los Estados Miembros de la Unión Europea, cada uno de ellos deberá presentar e implementar un «Plan Nacional de Restauración» (Capítulo II, arts. 14-19) que aborde sus problemas más urgentes y recoja las medidas de restauración tanto para sus zonas terrestres como marítimas, para alcanzar el citado objetivo general a 2030 y 2050 (73). Se realizarán estudios para conocer el estado real de sus ecosistemas y poder cuantificar la superficie que se debe restaurar, teniendo en cuenta los distintos ecosistemas: terrestre, costero, de agua dulce (art. 4), marítimo (art. 5), agrícola (art. 11), urbano (art. 8) y forestal (art. 12), comprendidos en el territorio de los Estados miembros y en su medio marino —en las aguas costeras, definidas en la Directiva 2000/60/CE del agua y en los espacios oceánicos, según el Convenio de Derecho del Mar de 1982— (art. 2), de acuerdo con las definiciones a efectos del Reglamento Restauración (art. 3).

De esta manera, la restauración de los ecosistemas terrestre, costero, de agua dulce (art. 4), marinos (art. 5) que no se encuentren en buen estado, los

(72) Así como la publicación colectiva de B. Lozano Cutanda; M. Uriarte Ricote (2024) en su vertiente jurídica, con especial vinculación al Reglamento Restauración.

(73) Con numerosos plazos: intermedios y largos, hasta 2050, siendo revisados y comentados los borradores hasta su publicación definitiva (art. 15).

Estados miembros adoptaran las medidas para las zonas de todos sus tipos de hábitats (terrestres y marinos) Anexos I y II, respectivamente, hasta que alcancen una buena condición. Siempre, teniendo en cuenta la conectividad entre los espacios, procurando su no deterioro significativo, con el siguiente cronograma: al menos el 30% de los hábitats terrestres, costeros, marinos y de agua dulce en mal estado para 2030; el 60% de los hábitats en mal estado para 2040 y el 100% para 2050.

La restauración de la biodiversidad agrícola degradada (art. 11) para asegurar su sostenibilidad y resiliencia es crucial, en países como España, donde el cultivo intensivo ha dejado suelos empobrecidos y erosionados (74). En las ciudades y zonas suburbanas, en sus espacios verdes y cubiertas arbóreas en edificios e infraestructuras que deberán aumentar (art. 8). En relación con la biodiversidad forestal, teniendo en cuenta el riesgo de los incendios forestales, de acuerdo con los indicadores de las aves forestales comunes, la madera muerta en pie y caída, la proporción de bosques no coetáneos, la conectividad forestal, las reservas de carbono orgánico, la proporción de bosques dominados por espacios arbóreas autóctonas y la diversidad de especies arbóreas (art. 12).

Asimismo, se incluirán medidas para la conectividad de todo tipo de hábitats, con especial interés para la conectividad natural de los ríos (art. 9) —algo que ya es controvertido, por lo que se le dedicará una especial atención *infra*—, para la restauración de las poblaciones de polinizadores (art. 10) (75), así como para la plantación de especies de forma activa a 2030, sobre 3.000 millones de árboles (art. 13). También se incluyen disposiciones específicas para proyectos de energías renovables que presentarán un interés público superior (art. 6), así como respecto a la defensa nacional (art. 7), teniendo en cuenta su posible exención, debidamente justificada y de forma restrictiva.

Por otra parte, hay que tener presente la importancia de los aspectos participativos en la elaboración y aplicación de los planes nacionales de restauración (art. 14) y en su contenido (art. 15), para que sea abierta, transparente, inclusiva y eficaz. De esta manera, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para implicar a las autoridades locales y regionales, los propietarios y usuarios de tierras y sus asociaciones, las organizaciones de la sociedad civil, la comunidad empresarial, las comunidades de investigación y educación, los agricultores, los pescadores, los silvicultores, los inversores,

(74) Para lo que el Reglamento Restauración establece una serie de indicadores claves: el índice de mariposas de pastizales, las reservas de carbono orgánico en suelos minerales de tierras de cultivo y la proporción de superficie agraria con elementos paisajísticos de gran diversidad, las aves comunes ligadas a medios agrarios (art. 11).

(75) Dada la gran problemática por la pérdida masiva de polinizadores en los últimos años, como se pone de manifiesto en M. Ortiz García (2014: 2261-2287).

así como al público en general, para fomentar el diálogo y la difusión de información basada en la ciencia sobre la biodiversidad y los beneficios de la restauración (Fundamento 83).

Estos Planes Nacionales de Restauración deberán estar coordinados entre sí, con los objetivos climáticos y energéticos, así como con las demás estrategias comunitarias conservacionistas: Red Natura 2000, Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), Planes nacionales de biodiversidad, Estrategias marinas, Planes hidrológicos y de gestión del riesgo de inundación, el Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica (PNCCA), la Política Agraria Común (PAC) (art. 15). Asimismo, se acompañarán de un programa de ayudas públicas o privadas para posibilitar su aplicación con el respectivo calendario (art. 15).

3. La conectividad de los ecosistemas

Volviendo a la conectividad, cabe recordar la oportunidad de la Red Natura 2000 con su gran extensión protegida que incluso se prevé la ampliación de zonas protegidas fuera de Europa con la Red Transeuropea de Espacios Naturales —la Red Esmeralda de Zonas de Especial Interés—, conformando una red de infraestructuras verdes en Europa. En 2018, WWF publicó un informe titulado *Autopistas Salvajes* (76), donde proponía restaurar y proteger los corredores ecológicos que conectan los espacios protegidos en España, precisamente, por la Red Natura 2000. Aunque los espacios de la Red Natura 2000 ocupan el 27% del territorio español, están mal comunicados entre sí y las infraestructuras humanas dificultan los desplazamientos de los animales. El informe denuncia que en España han proliferado en las últimas décadas carreteras, autopistas y vías de tren, tendidos eléctricos, vallados, trazados, en su mayoría sin tener en cuenta a las otras especies y sin pasos para la fauna, limitando el movimiento de las especies y dificultando el desarrollo de la Red. Según WWF, la construcción de estas infraestructuras ha provocado un descenso de un 50% en el número de mamíferos salvajes en España. Pues como nos recuerda M. Tafalla (2022: 2017) pensamos fundamentalmente en la utilidad de las cosas, de los seres vivos para el ser humano y así nuestra civilización concibe los ríos como tuberías que transportan agua para usos humanos, pero más allá de esa visión antropocéntrica, los ríos cumplen varias funciones en los territorios que recorren. Así los ríos se llenan de numerosas infraestructuras como presas, azudes y canalizaciones, que tienen el objetivo de facilitar nuestro uso del agua, pero dificultan que los animales puedan usarla.

(76) Se puede consultar en: https://www.wwf.es/nuestro_trabajo/especies_y_habitats/conectividad_y_adaptacion_al_cambio_climatico/informe_autopistas_salvajes/.

Las barreras obstaculizan la salud de las masas de agua de Europa, más de un millón de barreras en los ríos europeos, entre ellas presas, compuertas y esclusas. La mayoría son pequeñas y están obsoletas que contribuyen en gran medida al mal estado de la naturaleza en nuestros ríos, ya que muchas especies necesitan que los ríos sean de libre circulación para prosperar. Actualmente se impide el movimiento de los sedimentos aguas abajo, lo cual provoca obstrucciones y la alteración de los hábitats.

De esta manera, el Reglamento Restauración recoge particularmente la necesidad de restaurar la conectividad natural de los ríos (77), así como sus zonas ribereñas, llanuras aluviales y humedales. Para lo cual, los Estados Miembros elaborarán un inventario de barreras artificiales a la conectividad de las aguas superficiales y determinarán qué barreras deben eliminarse —principalmente las obsoletas e innecesarias—, teniendo en cuenta su función socioeconómica, con el objetivo de restaurar al menos 25.000 km de ríos de flujo libre, a 2030, en la Unión Europea, en comparación con 2020 (art. 9). Precisamente, en octubre de 2020 ya se habían registrado casi 5.000 eliminaciones de presas en Europa —las obsoletas— (AEMA, 2020). Esta cifra aumenta en gran medida por España, aludiéndose no solo a la retirada de infraestructuras sino también a otras medidas, como la construcción de desvíos para la migración de los peces y el restablecimiento del flujo de sedimentos (78).

No obstante, considero que la retirada de las barreras artificiales de los ríos hay que tomarlo como una tendencia pues dada la masiva antropización del territorio (79) no será en muchas ocasiones posible, incluso, a veces, habrá que construir más barreras, como se desprende de la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuya transposición al Ordenamiento jurídico español se ha realizado mediante el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. En efecto, para evitar o minimizar catástrofes, como las que nos acompañan,

(77) El Reglamento Restauración define el «río de flujo libre» como el río o tramo de río cuya conectividad longitudinal, lateral y vertical no se ve obstaculizada por estructuras artificiales que formen una barrera y cuyas funciones naturales no se vean afectadas en gran medida (art. 3.22).

(78) Véase: <https://www.eib.org/fr/stories/dam-removal-europe?lang=es>.

(79) La naturaleza no es responsable de que el ser humano se haya asentado en las cercanías de ríos, de barrancos, de ramblas, de zonas inundables, en definitiva, por las que se evacúan las lluvias torrenciales hacia el mar próximo. Pero dado que vivimos en esas zonas inundables se necesitan infraestructuras que minimicen las consecuencias de las posibles crecidas de los cauces. En cualquier caso, es necesario replantearse el modelo urbanístico, que pasa por el cumplimiento de las normativas y la recuperación de la sabiduría ancestral y de la ética.

desde hace tiempo, por fenómenos atmosféricos, como las llamadas «gotas frías», ahora intensificadas y denominadas «DANA», acrónimo de «depresión aislada en niveles altos» (80). Entonces, volviendo a la retirada de barreras en los ríos, cabe señalar que los seres humanos en tanto que seres finitos buscamos la rapidez de los cambios; sin embargo, los más importantes o más trascendentales nunca llegan a completarse, de ahí que se quede en tendencia, máxime las dificultades que en ocasiones esta acción puede comportar.

Asimismo, otra barrera a la conectividad y a la restauración puede proceder de la agricultura industrial pues ocupa amplios territorios con monocultivos rociados con herbicidas y pesticidas, que dificultan que los animales puedan atravesarlos, encontrar comida o resguardarse para descansar (M. Tafalla, 2022: 225-226), por lo que urge la transición agroecológica, ya reclamada *supra* y que el Reglamento Restauración ya lo recoge (ecosistema agrícola, art. 11, Anexo VII). Porque restaurar no significa dejar de usar un territorio y abandonarlo a su suerte, sino que debemos asegurarnos de que ese territorio esté en condiciones para acoger un proceso de regeneración. Y para ello, otro requisito es que el territorio cuente con todas sus especies: de plantas, hongos, microorganismos, animales herbívoros y carnívoros y descomponedores. Y si faltan especies autóctonas habrá que reintroducirlas, si es posible. Pues si faltan especies, por mucho que dejemos de degradar ese territorio le será difícil regenerarse (M. Tafalla, 2022: 226). En este sentido, es relevante también que el territorio a proteger sea lo más heterogéneo posible. Por ejemplo, si se decide restaurar una sierra, hay que incluir tanto los picos como los valles y las laderas de diferentes orientaciones, para acoger a las especies que habitan cada uno de esos lugares y a las que migran estacionalmente de unos a otros, asegurándose de que los animales tendrán acceso al agua en todas las épocas del año (M. Tafalla, 2022: 222).

En resumen, cada Estado miembro se esforzará por: eliminar las plantas no autóctonas de praderas, humedales y bosques; rehumedecer las tuberas desecadas; mejorar la conectividad entre hábitats, territorios, bosques, ríos...; sanear las tierras agrícolas de las prácticas intensivas y reducir o suprimir el uso de plaguicidas y fertilizantes químicos; aumentar las zonas verdes urbanas y sin química; y fomentar la conservación de los espacios naturales, tantos terrestres como marinos, que hasta 2030 los Estados miembros darán prioridad a los espacios Natura 2000 para aplicar las medidas de restauración (art. 4, Reglamento Restauración).

(80) Que se refiere a una configuración atmosférica en la que una masa de aire frío queda atrapada en altitud, aislada de otras corrientes de aire frío que la rodean. Y que ha provocado una gran catástrofe natural en España, el 29 de octubre de 2024, afectando a numerosos municipios de la provincia de Valencia, a Letur (Albacete) y a Málaga, con muchas pérdidas de vidas humanas y cuantiosos daños materiales.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la restauración puede realizarse a muchas escalas distintas y en todo tipo de lugares, a saber: zonas despobladas de seres humanos, de manera que los conflictos entre intereses humanos y la vida salvaje fuera mínima; campos de cultivos abandonados; antiguas reservas de caza; parques naturales; pastos para ganado; explotaciones forestales; en una ciudad, incluso en el jardín casero, que puede ser relevante para favorecer a algunas especies y mejorar nuestra salud colectiva (2022: 221).

En cualquier caso, como es sabido, el objetivo del Reglamento Restauración es restaurar todo lo que se pueda a 2050, con una serie de plazos intermedios (art. 15), de acuerdo con el «Seguimiento y notificación» (Capítulo IV).

4. El Rewilding

Antes de finalizar con la restauración, cabe detenerse en una forma, se podría decir más extrema, de restaurar. Se trata del denominado *rewilding*, que implica otro giro conservacionista, a saber: *de la naturaleza gestionada a la naturaleza salvaje*, en el marco del enfoque ecocéntrico. En efecto, existe una relativa nueva corriente conservacionista, que se ha generalizado con la expresión inglesa de *rewilding*, que significa *volver a hacer salvaje*. En castellano todavía no se ha determinado una expresión, pero podría ser *renaturalizar, resilvestrar, resalvajar...* El término *rewilding* fue acuñado por el conservacionista Dave Foreman, en los años noventa del siglo XX, y se fue extendiendo en el ámbito conservacionista, hasta su puesta en práctica, en algunas ocasiones (81). Consiste, *grosso modo*, en dejar grandes extensiones de territorio y océano a dinámica natural, permitiendo que sea la vida salvaje y los procesos ecológicos quienes lo gestionen de manera autónoma; se gestionen a sí mismos de forma autónoma. Según los partidarios de esta corriente, la vida salvaje es quien gestiona los ecosistemas sin degradarlos y cuidándolos porque las especies al alimentarse, construir sus nidos o simplemente recorrer su territorio realizan funciones que no solo las benefician a ellas mismas, sino también al resto del ecosistema. Es una idea intuitiva que puede considerarse que ha existido desde tiempos y lugares remotos, a saber: dejar de dominar y permitir que el tejido de la vida que los humanos hemos descosido y roto

(81) Y más recientemente, en los años setenta y ochenta del siglo XX, en Sudáfrica con las Reservas de Pilanesberg y Madikwe, el Parque del Humedal de Isimangaliso, y en Siberia, con el Parque Pleistoceno. En la actualidad existen también en Europa grandes áreas de renaturalización: Alemania, Bulgaria, Croacia, Italia, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia, incluso en España. En ellas se llevan a cabo diversos proyectos de renaturalización, como el restablecimiento de poblaciones de bisontes europeos en libertad en los Cárpatos meridionales de Rumanía y en San Cebrián de Mudá en España (Palencia), así como la protección de los buitres negros y leonados en los montes Ródope de Bulgaria, en renaturalizar Europa: <https://rewildingeurope.com>.

vuelva a remendarse y recomponerse por sí mismo. Pero para ello necesita que la vida salvaje pueda realizar sus funciones sin obstáculos y que los procesos ecológicos que hemos frenado puedan reanudarse (M. Tafalla, 2022: 217).

Esta teoría conservacionista tiene diversas fisuras. Por un lado, muchas veces, no solo será suficiente dejar el territorio a dinámica natural, sino que habrá que realizar actuaciones, como, por ejemplo, la reintroducción de especies, en definitiva, que se necesita la colaboración humana, la gestión. Y, por otro lado, de todos los mamíferos de la Tierra, ya solo el 4% son animales salvajes, mientras que el 60% es ganado (82). Entonces, desde el *rewilding* se debería disminuir radicalmente la ganadería para que toda la tierra, agua y alimento vegetal que consume el ganado permita alimentar a la fauna salvaje, que es quien sabe gestionar los ecosistemas para que funcionen de manera sana. Y también la actividad pesquera con la eliminación de las piscifactorías para que la biodiversidad acuática pueda recuperarse. Incluso se plantea devolver el ecosistema a su estado original, llegando hasta el paleolítico (B. Varillas Suárez, 2021). Pero, respecto a esta última cuestión, resulta que, de acuerdo con la realidad, avalada por estudios (83), los territorios con ganadería extensiva y trashumante son más biodiversos y resilientes que con el *rewilding*. Se estaría apelando a la conservación cultural de la naturaleza, sin necesidad de acudir a figuras concretas de protección, sino «a conservar produciendo y producir conservando» (84).

Otro hándicap sería la gran escala que necesita como regla general el *rewilding* para que los procesos ecológicos puedan desplegarse. J. Palau Puigvert (2020: 142-146) señala que hacen falta territorios de un mínimo de 20.000 hectáreas, aunque para funcionar realmente bien deberían ser como mínimo de 100.000 hectáreas y el óptimo estaría en extensiones mayores. En este sentido, el reconocido biólogo E. O. Wilson (2016) está convencido de que la humanidad es el problema y cree que «solo dejando en reserva la mitad o más del planeta podremos salvar la parte viviente del entorno natural y lograr la estabilización necesaria para nuestra propia supervivencia». Como se observa es muy difícil poner en práctica el *rewilding*, que necesita grandísimas reservas, a ser posible, sin población (85).

En definitiva, existe mucha complejidad y dificultad de ponerlo en práctica, pero además se suma que hay otras estrategias conservacionistas, como ya se

(82) Como lo recoge WWF (2024): hemos perdido el 73% de las poblaciones de vida salvaje en 50 años.

(83) Véase: F.M. Azcárate; P. Manzano Baena; V. Hevia Martín (2023).

(84) Como lo señala el biólogo P. Manzano Baena en <https://youtu.be/iMyqWe-rUE>.

(85) Quizás en el medio marino, por su idiosincrasia, y con bastante menos presencia humana, sería más factible.

han revisado, por ejemplo, las ICCA, que son más eficaces para el cuidado y aumento de la biodiversidad. Además, concilian con las poblaciones, pues la presencia humana no significa necesariamente dominación y esquilmación, como lo demuestra la realidad de nuestros campos con las prácticas tradicionales, agroecológicas.

En definitiva, el *rewilding* por los diversos motivos presentados no es muy factible que se prodigue, a pesar de sus numerosos apoyos, desde la biología, filosofía, sociología (86). No obstante, dada su conexión con el afán restaurativo de la Unión Europea y su cierta veteranía, al menos, con relación al Reglamento Restauración, puede servir para comprender y conocer mejor la presente estrategia restaurativa.

Volviendo al Reglamento Restauración que es más realista, habrá que ver también cómo aplicarlo pues puede implicar armonizar la restauración con muchas cuestiones aledañas, como se va a revisar seguidamente, por ejemplo, la eliminación de subsidios contraproducentes que incentiven una mayor degradación y fomenten el cambio climático.

En cualquier caso, la restauración de ecosistemas degradados puede proporcionar profundas experiencias de satisfacción, al ver que la vida prospera, que podemos reconciliarnos con las otras especies, pues como señala M. Tafalla (2022: 217) «la película de la vida en este planeta no va de la especie humana, sino de millones de especies. No deberíamos empeñarnos en ocupar el centro, porque no solo no es nuestro lugar, sino que la mera idea de un centro carece de un sentido para la red de la vida». Nuestro objetivo pues, no es dominar sino convivir.

VI. GOBERNANZAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONVIVIR CON LA NATURALEZA

1. Causas próximas y remotas de la pérdida de biodiversidad

Estamos utilizando el equivalente a 1,6 planetas Tierra para mantener nuestra forma de vida actual y los ecosistemas no pueden satisfacer nuestras demandas. Por ello, una vez revisadas las distintas estrategias conservacionistas y antes de decantarse por una u otra, dada la intrínseca interconexión de la vida, cabe recordar las causas que producen la pérdida y deterioro de la biodiversidad, pues pueden estar también fuera del ámbito estricto de la conservación, pero incidiendo en gran medida, por lo que es necesario ser

(86) Cabe reconocer que es una materia en auge como lo demuestra, por ejemplo, el título del libro del reconocido J. Rifkin, (2022): *La era de la Resiliencia. Reimaginar la existencia, resilvestrar la Tierra*.

consciente y conocedor de ello. Al mismo tiempo, este conocimiento permitirá ponderar mejor las diversas corrientes conservacionistas y calibrar su puesta en práctica.

De esta manera, el informe nº 7 IPBES identificó cinco principales causas de la gran degradación de la naturaleza, a saber: cambios en el uso de la tierra y el mar; explotación directa de organismos; cambio climático; contaminación; y especies exóticas invasoras. Pero, estas, quizás, son las causas directas que responden, a su vez, a otras causas remotas o estructurales, que es donde se debería incidir. En este sentido, como causa remota relevante cabe enfatizar y recordar que el ser humano *per se* no es el responsable sino el enfoque antropocéntrico o supremacista respecto de otros congéneres y del resto de vidas (87), criaturas, en definitiva, de la naturaleza (M. Tafalla, 2022: 61).

Así, una vez conocido el estado de salud de la biosfera, de la biodiversidad y, por ende, de nuestra sociedad, y dado que a día de hoy sabemos que todo en la Tierra está conectado, y sus ciclos son el efecto de la vida que ella comporta, incluyendo todos sus seres vivos, es prioritario restablecer la armonía con la naturaleza y entre nosotros como seres humanos, superando la perniciosa ideología de la supremacía humana, muy vinculada a un sistema de conocimiento caracterizado por «la superioridad posicional del conocimiento occidental». Ello conllevaría a repensarse profundamente la conceptualización de la vida de todos los seres. Es decir, reconocer que no sólo los seres humanos tienen la posibilidad de existir, sino también la naturaleza con sus numerosas y diversas especies, los territorios y sus múltiples interrelaciones y, asimismo, reconocer a otras culturas, al menos, como iguales. Para empezar, hay que desterrar que, para las Ciencias, como también el Derecho, los conocimientos indígenas sean etiquetados como creencias, tradiciones, mitologías y superstición, por lo que son descalificadas de ser racionalidad objetiva y prueba científica (88). Por tanto, y centrándonos en el Derecho, supone respaldar un verdadero diálogo jurídico, dignificando los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, la relación con las autoridades de una sociedad multicultural, con mecanismos de coordinación interjurisdiccional, que conlleva acoger el pluralismo jurídico (N. Garay Montañez, 2021).

(87) Incluso el Holoceno, nuestra actual era geológica, se ha llegado a considerar que está superada por lo que el geólogo Paul Crutzen popularizó, a principios del siglo XXI, como Antropoceno, es decir, una etapa en la que la influencia humana ha llegado a dominar a todos los procesos no humanos. Sin embargo, este planteamiento desconoce las profundas diferencias de grupos humanos con muy distintos impactos y sensibilidades. Por ello el historiador Jason Moore propone el concepto de Capitaloceno (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 105).

(88) En este sentido, cabe referirse a la Universidad Amawtay Wasi —expresión kichwa que significa «casa de la sabiduría»—, que es una universidad pública en Quito (Ecuador), orientada a la educación intercultural, de las nacionalidades y pueblos indígenas, creada en 2018: <https://uaw.edu.ec/quienes-somos/>.

Otra causa estructural es el actual sistema económico que respalda y alimenta ese antropocentrismo que concibe al mundo y sus criaturas como un conjunto de mercancías para ser vendidas y compradas. Como muy bien, de nuevo, lo expresa M. Tafalla (2022: 216) «Lo que hacemos en realidad es extraer los recursos que ha generado la naturaleza, como el agua, el alimento que producen las plantas o los combustibles fósiles, y desperdiciarlos para engordar una civilización altamente consumista y especialmente a sus clases dirigentes en detrimento de otras sociedades humanas y de ocho millones de especies de animales y plantas».

Como se evidencia es necesario un cambio de paradigma, *de dominación a convivencia* en nuestras sociedades, alejadas de esa sabiduría ancestral, para dejar de vivir en el hacer apresurado, en la pura productividad, en el crecimiento sin límites que acelera la degradación social y ambiental. A pesar de que el crecimiento bajo o nulo fue lo normal durante casi toda la historia de humanidad y que, de hecho, en el momento actual existen todavía sociedades, comunidades en el Sur global que viven con estilos de vida precapitalistas. Pero la cultura occidental y su economía ha crecido divorciada de la trama de la vida en la que, sin embargo, inexorablemente se inscribe (Y. Herrero López, 2021: 14). En efecto, la idea generalizada del progreso continúa ligada a las estructuras del dominio, a la superación de límites y la instrumentalidad de lo vivo, y a que la ciencia y la técnica serán capaces de afrontar todos los reverses que se vayan planteando. Aunque la realidad actual repleta de crisis ya demuestra que no es así, teniendo en cuenta, además, que la tecnología es, a su vez, muy demandante de recursos que sabemos que son finitos.

En este sentido, cabe enfatizar que esta ideología cultural y económica no solo merma, degrada a la naturaleza sino también a nosotros, los seres humanos. Es asombrosa la capacidad de destrucción de la especie humana con guerras, masacres, desigualdades... Siguiendo a M. Tafalla (2022: 215) no se trata solo de frenar la extinción de las especies, sino que implica un cambio de paradigma en nuestra concepción de los ecosistemas y nuestra relación con ellos, incluso cómo nos comprendemos a nosotros mismos. Entonces, no se trata solo de cambiar procedimientos, estrategias conservacionistas sino ante todo cambiar valores para «articular una cosmovisión que ayude a recomponer lazos rotos con la trama de la vida y entre las personas» (Y. Herrero López, 2021: 14). En definitiva, para aprender a convivir con la vida (con todo tipo de vida) y así además protegernos de los peores efectos de la catástrofe ecológica. Como se evidencia, se trata de una nueva mirada sobre la vida, lo que conlleva un enfoque con un trasfondo filosófico, fundamentalmente en la cultura occidental, tan alienada de la naturaleza y de sus conexiones. Es urgente pues repensar la relación entre los seres humanos y su entorno natural — denotado como naturaleza, medio ambiente, territorio, Madre Tierra— yendo más allá de las divisiones actuales de naturaleza/cultura, y el dogma antropocéntrico y

el emergente ecocentrismo. En este contexto, la sabiduría indígena no solo proporciona conocimiento sobre especies y ecosistemas, sino también otra manera de comprenderlos y relacionarse con ellos, pues entiende la relación con las otras vidas desde la interdependencia, la convivencia, no desde la dominación.

Como se constata son causas remotas, veladas, de la pérdida de biodiversidad y que afectan a nuestro *modus vivendi*, a cómo satisfacemos las necesidades humanas (89). Entonces, el mayor reto no es la gran pérdida de biodiversidad, el colapso ecosocial que conlleva, sino cómo nos organizamos para afrontar dicho reto. Entonces también es un reto de gobernanza.

2. Gobernanzas y Políticas públicas (decrecentistas)

La gobernanza que en términos generales se refiere a los medios y métodos utilizados con el fin de mejorar el rendimiento de una organización (90) no tiene una definición unívoca pues depende de la idiosincrasia, contexto, sistema político de cada lugar (J. Prats Catalá, 2004: 158). Sin embargo, siempre le caracteriza la manera de gobernar con *un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado* (J. M. Canales Aliende, 2015), para «lograr un desarrollo económico, social e institucional duradero», como la define la Real Academia Española de la Lengua. Y ya no solo como un proceso de arriba hacia abajo sino también de abajo-arriba y en red, de escala local, regional y global. Es un nuevo modelo de gobierno que busca una manera transparente, compartida y negociada entre el Estado, las empresas y la sociedad civil para generar consensos colectivos, proactivos, palancas, como son las *políticas públicas* (91). Estas son definidas legalmente como «el conjunto de actuaciones dirigidas a la satisfacción del interés general o a la solución de un problema o necesidad públicos, en cualquiera de sus formas de despliegue en normas, estrategias, planes, programas, medidas, o cualquier otra denominación equivalente» (art. 2, Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado). Precisamente, de acuerdo con esta norma de evaluación de políticas públicas «los anteproyectos de ley, los programas o planes estratégicos, y todo tipo de documento de planificación estratégica e iniciativas que desarrollen polí-

(89) PNUMA (2020): Resource Mobilization to tackle the underlying drivers of biodiversity loss: a shared interest across the multilateral environment agreements in the context of the post-2020 global biodiversity framework en https://www.cbd.int/doc/c_efad7/5799/4a-d1beaca7872b7686276d9b/rm-information-unep-wcmc-en.pdf.

(90) En función de la estructura político-administrativa cabe referirse a la gobernanza global, regional, nacional, local y gobernanza multinivel; y por subsistemas sociales: gobernanza económica, energética, del conocimiento, de la naturaleza...

(91) Sobre estas cuestiones puede consultarse M. Ortiz García (2021: 277-305).

ticas públicas deberán incorporar, antes de ser aprobados» un «Informe de Evaluabilidad», que valorará la calidad de la planificación, incluyendo «un análisis del contexto socioeconómico de la política pública y del impacto sobre el bienestar ecológico, económico y social de las generaciones presentes y futuras (...)» (art. 11.1.2.a). En definitiva, la convivencia con la vida en todas sus dimensiones y para el largo plazo: generaciones futuras.

Por consiguiente, se reclaman políticas públicas que reorganicen las relaciones entre la sociedad, la economía y la naturaleza, de manera que se adapten al buen funcionamiento de los ecosistemas, permitiendo la satisfacción de las necesidades humanas. De esta manera, antes que nada, se debería impulsar una política pública educativa holística, para toda la vida, cosmopolita, colaborativa, ecológica que aúne la sabiduría local, indígena con la ciencia contemporánea para enriquecerse mutuamente, trabajar juntas y propiciar el cambio de mirada, de paradigma que tanto necesitamos. Y así se rediseñen muchas de nuestras actuaciones tanto cercanas, cotidianas como más alejadas, desde cómo producimos y consumimos los alimentos, a cómo en general consumimos, pasando por cómo nos movemos y trasportamos las mercancías, hasta llegar, por ejemplo, a cómo comercializamos (92). Pues no se trata de seguir haciendo las mismas cosas, pero, por ejemplo, con otra energía —la renovable— o/y con la digitalización, sino de hacerlas desde el principio de otra manera. De ahí la importancia de rediseñar (93) todo desde otro prisma, como la relocalización, la economía circular, la energía renovable y distribuida, la agroecología, los límites de los materiales (94), en definitiva, «políticas decrecentistas». El decrecentismo que dependerá del contexto socioeconómico, pues en muchos lugares apenas se sobrevive, pero, en general, se trata de reducir lo material y acrecentar lo inmaterial y la ética. Es decir, producir y consumir menos cosas, sobre todo las suntuarias o superfluas y las más contaminantes, evitando el derroche y el empobrecimiento y, a su vez, potenciar las culturas locales y valores solidarios que sostienen la vida (95). Y para que tenga viabilidad no debe ser sola una elección individual, sino que debe ser un proyecto colectivo, de ahí la importancia de las políticas públicas —al menos en nuestro contexto occidental—, pivotadas por las acciones comunitarias, hacia lo que S. Latouche (1982: 82) denomina el «decrecimiento sereno», donde no se destruya más de lo que se construya: *decrecer el «bien-tener» para crecer en valores y mejorar el «bien vivir» de todas las personas*. La economía decrecerá materialmente, sí o sí, dada la caída de la energía y de los materiales. La cuestión es que no lo haga dejando atrás a la ciudadanía,

(92) Como lo constató la AEMA (2020).

(93) M. Braungart & W. McDonough (2010).

(94) A. Almazán; A. Valero Capilla; A. Valero Delgado (2021).

(95) Como proponen L. González Reyes; A. Almazán (2023).

que por ello debe ser planificada y explicada. El decrecimiento como política pública implica entonces planificación para reforzar su acción y evitar conflictos socioeconómicos. Conllevará cambios muy profundos en muchos órdenes de cosas como una reducción del tamaño y escala, que llevará tiempo que ya no tenemos, pero este se acortará si el sistema productivo y la ciudadanía están concienciados en pro de una transición ecosocial (96). De ahí la importancia de la educación integral y permanente, referida anteriormente.

En cualquier caso, el decrecimiento será transformador del actual orden jurídico y socioeconómico, para que la vida, la biodiversidad pueda florecer, aumentar y, en su caso, regenerarse, y asimismo será la política pública que respaldará a la política conservacionista, que, finalmente, se ponga en práctica.

Para finalizar, hay que insistir en la interdependencia, interconectividad de la vida que puede agudizar o mejorar la crisis ecológica, pues gran parte de los problemas son conexos, por lo que se deberían abordar de manera conjunta. Porque, además, si los tratamos de forma inconexa se puede solucionar un problema a costa de agravar otros. Por ejemplo, para frenar el cambio climático se intensifica la extracción de minerales para la tecnología de las energías renovables, que asimismo contribuye a la pérdida de biodiversidad y a la crisis de materiales. Por tanto, es crucial que todas las medidas para la descarbonización se tomen de forma coordinada con las políticas conservacionistas con el fin de minimizar el impacto del entorno.

En síntesis, con independencia de la opción conservacionista que se prime —como se verá seguidamente—, son muy necesarias buenas gobernanzas, así como oportunas políticas públicas que coadyuven, se coordinen y, en definitiva, convivan con la conservación de la naturaleza, abordando las causas socioeconómicas de la pérdida de biodiversidad (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 28).

VII. CONCLUSIONES

La información tan alarmante sobre la pérdida y deterioro de biodiversidad (97) nos debería alertar de que no se cuida bien a la naturaleza, que la degradamos, que obstaculizamos sus ciclos y como dice Y. Herrero Pérez (2021: 14): «Estamos en guerra con la vida». Dada la gran importancia de la biodiversidad *per se*, deberíamos dejar de hacerlo y de forma urgente. Entonces, habría que tener claro cómo actuar, con qué estrategia/s conservacionista/s, en coordinación, por supuesto, con otras políticas públicas, revisadas algunas anteriormente.

(96) En este contexto, el Nuevo Pacto Verde Europeo debe coadyuvar al cambio de rumbo en la economía y en nuestra forma de vivir.

(97) El Informe «El planeta vivo 2024» de WWF enfatiza que nos acercamos a peligrosos puntos de inflexión.

Antes de entrar en la revisión de conjunto, cabe reconocer que todavía es pronto para tener resultados de los nuevos enfoques conservacionistas, es decir, de los derechos de la naturaleza de la pionera Ley personalidad Mar Menor, así como del paradigma restaurativo del Reglamento Restauración, pues prácticamente acaban de aprobarse ambas regulaciones y asimismo faltan sus desarrollos normativos. Pero se puede y se deben sacar algunas conclusiones, como ya se han ido desvelando a lo largo del trabajo, para tener una mayor comprensión de la materia, que nos ofrece recientes novedades y algunas controvertidas. Otra cuestión que cabe tener en cuenta es que no todos los enfoques contemplados son actualmente estrategias legales, sino que algunas son propuestas, corrientes, como claramente, el *rewilding*, que, como es sabido, es la versión más extrema de la restauración, aunque existen algunas experiencias, como se han citado. Y también, al menos, en nuestras latitudes, las ICCA, aunque, como es sabido, sí tienen respaldo jurídico, pero no formalmente en nuestro Ordenamiento jurídico, a pesar de que hay figuras cercanas o asimilables como los bienes comunales.

Entonces, después de revisar *gross modo* las diversas estrategias y corrientes conservacionistas se puede adelantar que, en realidad, no son tan antagónicas de manera que obliguen a decantarse por unas o por otras; sobre todo, tras la evolución que algunas han tenido, como se ha revisado. Por ello, quizás se podrían compaginar, complementar, pero con la condición de que se cambie el paradigma que las respalda, es decir, que sea el ecocentrismo y no el antropocentrismo. De manera que desaparezca la visión supremacista del ser humano y prime la armonía, la convivencia con la naturaleza para avanzar «como espíritus afines a nuestros congéneres los seres vivos, con quienes compartimos nuestro hogar terrenal» (J. Rifkin, 2022: 17). En este sentido, muchas de las dicotomías que se han suscitado pueden superarse, a saber: personas (cultura)/naturaleza, conservación/desarrollo, silvestre/domesticado, gestión/dinámica natural, zona prístina/silvestre, antropocentrismo/ecocentrismo, Antropoceno/Capitaloceno.

Entonces, el paradigma de los derechos de la naturaleza sobrevolará cualquier enfoque conservacionista, como sucede desde tiempo inmemorial en los territorios gestionados por las comunidades indígenas, de muchas partes del mundo. Por ello no es casualidad que uno de los objetivos de la COP 15 de Biodiversidad, fuera proteger los derechos de los pueblos indígenas, como se recordará.

Ahora corresponde justificar la postura conciliadora de las diversas corrientes conservacionistas. Así, dados los datos de masiva pérdida de biodiversidad, la protección de los ecosistemas saludables, es decir, la *conservación tradicional*, aunque de vital importancia, ya no es suficiente, por lo que ha evolucionado hacia la *restauración*, la regeneración de los espacios degradados, con

el gran refuerzo que es el Reglamento Restauración, que complementará la protección tradicional. De hecho, en la conservación tradicional son cada vez más relevantes las redes de espacios protegidos y su conectividad, que, son cuestiones fundamentales, determinantes, en la restauración de los ecosistemas. Entonces, se trataría de incrementar el número y la superficie de las áreas protegidas, interconectarlas y restaurarlas (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 34).

Algo que se tiene muy asimilado es que la conservación no debe dañar a la gente, especialmente a las personas que viven cerca de los espacios naturales, por lo que se supera claramente la dicotomía personas (cultura)-naturaleza. Precisamente la conservación tradicional ha avanzado en esta cuestión que ya integra a las vecindades y las zonas de influencia socioeconómica, aunque todavía no interiorice el sentido de la comunidad, que no sea su mejor atributo, como sucede con las ICCA. En este sentido, cabe recalcar la importancia de las comunidades locales, tanto el campesinado como la ciudadanía vecina, próxima, que actúan como guardianes, custodios, como se ha revisado con la gobernanza comunal y con la tutoría del Mar Menor. En general, cabe remarcar la importancia de la participación en la conservación de la naturaleza, sobre todo en las estrategias más novedosas, que abarcan además a variados sectores socioeconómicos, como es notorio en la Comisión de Seguimiento del Mar Menor, así como en la elaboración y aplicación de los Planes nacionales de Restauración.

Asimismo, se puede considerar que la restauración se entronca con la conservación cultural de la naturaleza, sobre todo, cuando se refiere a la restauración de la biodiversidad agrícola y forestal, de las poblaciones de polinizadores y de la conectividad de los ecosistemas, por ejemplo, mediante las vías pecuarias y su actividad trashumante, la ganadería extensiva, la generalización de las prácticas agroecológicas, libres de química —pesticidas, plaguicidas— (98). Entonces, la conservación puede ser una maraña de especies y vida silvestre en medio de tierras dedicadas al cultivo de alimentos, incluso de vida urbana (B. Büscher y R. Fletcher, 2022: 28). En definitiva, podría considerarse la conciliación social, económica y ecológica de las naturalezas doméstica —conservación cultural de la naturaleza—, con la silvestre —restauración—, mediante las aldeas cuidadoras y las reservas silvestres, respectivamente. Y en España, aunque no estén recogidas formalmente las ICCA, podría aprovecharse esta reconciliación para revitalizar los bienes comunales, que bien pueden considerarse nuestras ICCA.

Por otra parte, cabe incidir en las conexiones de la Naturaleza como sujeto con la restauración, pues, no en vano, se considera abiertamente que

(98) Apoyándose en el «Plan de acción de contaminación cero» de la Unión Europea para el aire, el agua y el suelo; la Estrategia de la granja a la mesa para reducir los plaguicidas; el denominado reverdecimiento de la Política Agraria Común (PAC).

tiene sentido con ese paradigma de convivencia con la naturaleza, que ya no cabe más dominación sobre la misma. Para ello, cabe recordar, una vez más, que en la Ley personalidad Mar Menor uno de los derechos reconocidos es precisamente el «derecho a la restauración».

En síntesis, las cuatro estrategias conservacionistas —tradicional, cultural, naturaleza sujeto y restauración— se necesitan y se complementan, pero siempre que estén bajo la cosmovisión ecocéntrica, y con el seguimiento y prácticas de las comunidades locales. Así, tampoco es casualidad que la Conferencia de las Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica, la COP 16, a celebrar en Cali (Colombia), del 21 de octubre al 1 de noviembre de 2024, se la identifique como *la COP de la gente y de la reconciliación: Paz con la naturaleza*, pues ¡en común todavía es posible!

Con las últimas corrientes conservacionistas, más holísticas, se apelan a nuevas relaciones con la Vida, pues no solo se trata de cambiar procedimientos, sino ante todo de cambiar valores que nos permitan honrar qué somos —los humanos: uno más de los sistemas de vida interdependientes del universo. En definitiva, se alude a una revolución cultural (99), pero también ética (100) (de la convivencia), que, sin duda, allanará el camino para la revolución legal que conlleva, necesariamente, la cosmovisión ecocéntrica con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA) (2020): *Señales de la AEMA 2021. La naturaleza de Europa*, Copenhague.
- ALMAZÁN, Adrián; VALERO CAPILLA, Antonio; VALERO DELGADO, Alicia (2021): *Thanatia. Los límites minerales del planeta*, Barcelona, Icaria.
- ASAMBLEA GENERAL ONU (2016): *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Victoria Tauli-Corpuz, ONU Doc. A/71/229.
- AZCÁRATE, Francisco M.; MANZANO BAENA, Pablo; HEVIA MARTÍN, Violeta (2023): «¿Es la ganadería extensiva incompatible con la renaturalización?», en *The Conversation* en: <https://theconversation.com/es-la-ganaderia-extensiva-incompatible-con-la-renaturalizacion-209897>.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl (2008): *Bienes Comunales y Vecinales*, Madrid, Iustel.

(99) De hecho, en las COP de biodiversidad, hasta ahora, no se hablaba de cultura, de nuestra forma de vivir WWW (2024).

(100) Un cambio de cosmovisión que afecta no solo a cuestiones éticas, sino también estéticas, que nos hace repensar nuestra concepción de la belleza y de la fealdad.

- BORRÀS PENTINAT, Susana (2020): «Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 65, pp. 79-120.
- BOYD, DAVID (2017): *The Rights of Nature. A legal revolution that could save the world*, Toronto, EC Press.
- BRAUNGART, Michael & McDONOUGH, William (2010): *Cradle to cradle. Rediseñando la forma en que hacemos las cosas*, Madrid, McGRAW-HILL.
- BÜSCHER, Bram y FLETCHER, Robert (2022): *La revolución conservacionista*, Barcelona, Icaria.
- CANALES ALIENDE, José Manuel (2015): *Estudios sobre la Democracia, el Gobierno, y la Administración Pública Contemporánea*, Madrid, Editorial Universitas, p. 294.
- CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel (2017): *El defensor de las generaciones futuras*, Sevilla, Fundación savia.
- CHAUMON, Franck (2004): *La ley, el sujeto y el goce* (V. Ackerman, trad.). Buenos Aires, Nueva Visión.
- DUDLEY, Nigel (2008): *Directrices para la aplicación de las categorías de gestión de áreas protegidas*, Gland, UICN.
- FERRAJOLI, Luigi (2022): *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada* (P. Andrés Ibáñez, trad.), Madrid, Trotta.
- GARAY MONTAÑEZ, Nilda (2021): «Las ideas de bien común y bienes comunes en el constitucionalismo de América del Sur. Referencia a la Constitución de Ecuador (2008) y Bolivia (2009)», en *Políticas Públicas para Fomentar una Economía y Sostenibilidad Participativa* (Dir. M. Ortiz García), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 241-276.
- GARCÍA GARCÍA, Sara (2022): *Los servicios ambientales en el Derecho español*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- GONZÁLEZ REYES, Luis; Almazán, Adrián (2023): *Decrecimiento: del qué al cómo. Propuestas para el Estado español*, Barcelona, Icaria.
- HERRERO LÓPEZ, Yayo (2021): *Los cinco elementos. Una cartilla de alfabetización ecológica*, Barcelona, Arcadia, p. 14.
- IZQUIERDO VALLINA, Jaime (2013): *La conservación cultural de la naturaleza*, Oviedo, KRK ediciones.
- (2019): *La ciudad agropolitana. La aldea cosmopolita*, Oviedo, KRK ediciones.
- JEWETT, Chas & GARAVAN, Mark (2019): «Water Is Life—An Indigenous Perspective from a Standing Rock Water Protector», en *Community Development Journal*, vol. 54, nº1, pp. 42-58.

- KAREIVA, Peter; MARVIER, Michelle (2012): «What is Conservation Science?», en *BioScience*, vol. 62, pp. 962-969.
- LATOUCHE, Serge (1982): *La apuesta por el decrecimiento*, Barcelona, Icaria, p. 82.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1980): *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, Real Colegio de España.
- (2010): «La protección del paisaje tras el Convenio de Florencia», en *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales* [Dirs. M. Asunción Torres López, Estanislao Arana García], Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Madrid, Civitas.
- (2024): «La sostenibilidad de los sistemas agroalimentarios», *Revista Aran- zadi de Derecho Ambiental*, nº 57.
- LOELOCK, James E. (1985): *Gaia, una nueva visión de la vida sobre la Tierra*, Barcelona, Ediciones Orbis.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (coord); Uriarte Ricote, Maite (coord.) (2024): *Conec- tividad ecológica y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ ALIER, Joan; ROCA JUSMET, Jordi (2013): *Economía Ecológica y Política Ambiental*, México, Fondo de Cultura Económica.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2019): «Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos», en *Derechos de la Naturaleza: Teo- ría, política y práctica* (Eds. F.A. de Carvalho Dantas; L. Estupiñán Achury; R. Martínez Dalmau; C. Storini), Valencia, Pireo Editorial.
- McGREGOR, Devorah (2020): «Indigenous environmental justice: Towards an ethical and sustainable future», en B. Hokowhitu, A. Moreton-Robinson, L. Tuhiwai-Smith, C. Andersen, & S. Larkin (eds.), *Handbook of Critical Indigenous Studies*, Routledge.
- MORA, Camilo et al. (2011): «How many species are there on Earth and in the Ocean?», *Plos Biology*, vol. 9, núm. 8, <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.1001127>.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1964): *Bienes Comunales*, Madrid, Revista Privado.
- ORTIZ GARCÍA: Mercedes (2002): *La Conservación De La Biodiversidad Marina: Las Áreas Marinas Protegidas*, Granada, Comares.
- (2003): *La gestión eficiente de la zona costera. Los parques marinos*, Valen- cia, Tirant Lo Blanch.
- (2014): «La primavera gris: sobre el declive de las abejas», *Revista Vasca de Administración Pública* (RVAP), Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo, N° 99-100, pp. 2261-2287.

- (2016): «Las áreas conservadas por comunidades indígenas y locales (ICCA) y la conservación cultural de la naturaleza», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, vol. IV, núm. 33, págs.163-201.
- (2021): «Las políticas públicas y sus gobernanzas del bien común», en M. Ortiz García (dir.), *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 277-305.
- OSTROM, Elinor (2011): *El gobierno de los Comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, México, Fondo de Cultura Económica.
- PALAU PUIGVERT, Jordi (2020): *Rewilding Iberia: Explorando el potencial de la renaturalización en España*, Barcelona, Lynx Edicions.
- PAPA FRANCISCO (2015): *Encíclica Laudato Si.* Vaticano.
- PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente) y FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) (2021): *Restauración de los ecosistemas para las personas, la naturaleza y el clima*.
- PRADA LORENTE, Esther (2014): *Dibujando el paisaje que se va. Un modelo espacial del patrimonio agrario*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- PRATS CATALÁ, Joan (2004): «Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo», en F. Sáiz Moreno (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, INAP, p. 158.
- RIFKIN, Jeremy (2022): *La era de la Resiliencia. Reimaginar la existencia, resiliérvestrar la Tierra*, Barcelona, Paidós.
- ROCKSTRÖM, Johan et al. (2009): Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity en Stockholm Resilience Center (ed.), *Ecology and Society*, vol. 14, nº 2.
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo (2019): *El acceso a la justicia ambiental a partir del convenio de Aarhus. Justicia ambiental de la transición ecológica*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- SHEPHERD, Gil (2006): El enfoque ecosistémico: Cinco pasos para su implementación, Gland, Cambridge, UICN.
- SHIVA, Vandana; SHIVA Kartikey (2019): *El planeta es de todos*, Madrid, Editorial Popular.
- STUTZIN, Godofredo (1984): «Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza», en *Ambiente y Desarrollo*, vol. n°1, pp. 97-114.
- TAFALLA, Marta (2022): *Filosofía ante la crisis ecológica. Una propuesta de convivencia con las demás especies: decrecimiento, veganismo y rewilding*, Madrid, Plaza y Valdés Editores.

- TODD, Zoe (2016): «An indigenous feminist's take on the ontological turn: "ontology" is just another word for colonialism», en *Journal of Historical Sociology*, vol. 29, nº1, pp. 4-22.
- VARILLAS SUÁREZ, Benigno (2021): Recuperar lo libre. El bisonte ibérico, La Estirpe de los Libres, Madrid.
- VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (2023): *Justicia ecológica y derechos de la naturaleza*, Valencia, Tirant Humanidades.
- WARD, Michelle et al.: (2020): «Just ten percent of the global terrestrial protected area network is structurally connected via intact land», en *Nature Communications* 11, 4563. <https://doi.org/10.1038/s41467-020-18457-x>.
- WILSON, Edward O. (2016): *Half Earth: Our Planet's Fight for Life*, New York, Liveright Publishing Corporation.
- WWF (2024): *Informe Planeta Vivo 2024. Un sistema en peligro*, Gland, WWF.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: CAMPO DE BATALLA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA^(*)

MARTA MARÍA SÁNCHEZ GARCÍA

Doctora en Derecho. Universidad de Salamanca
Abogada especialista en Derecho Sanitario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONCEPTO. REGULACIÓN LEGAL.- III. FORMA. CARGA DE LA PRUEBA: 1. Regla general: información oral. Excepciones y particularidades. 2. Carga de la prueba.- IV. INEXISTENCIA O DEFICIENCIAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO SIN RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: 1. Excepciones legales a la obligación de informar. 2. Supuestos jurisprudenciales: A) Inexistencia de alternativa terapéutica. B) Riesgos infrecuentes, extraordinarios o atípicos. C) Riesgos imprevisibles, según el estado de la ciencia. D) Actuaciones médicas menores. E) Ausencia de daño derivado de la actuación médica.- V. MEDIOS PROBATORIOS ANTE LA AUSENCIA O DESCUIDOS DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO: 1. Las anotaciones de la historia clínica. 2. Consentimiento informado presuntivo o tácito: A) Valoración conjunta de los indicios existentes. B) El «paciente veterano». C) El «paciente recomendado». D) La relación de confianza médico-paciente. E) Quien informa de lo más, informa de lo menos. 3. Informe y testifical-pericial del facultativo informante. 4. La importancia del Informe y declaración del Jefe de Servicio.- VI. FALTA DE FECHA O FIRMA DEL FACULTATIVO.- VII. MOMENTO DE LA INFORMACIÓN.- VIII. DESVIACIÓN PROCESAL.- IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN. La información facilitada al paciente constituye una de las principales fuentes de conflicto en los Tribunales. En el presente trabajo pretendo sistematizar aquellos supuestos en que, pese a la inexistencia o deficiencias del documento de consentimiento informado, los Tribunales contencioso-administrativos no aprecian responsabilidad de la Administración sanitaria.

Asimismo, estudio los diferentes medios probatorios para acreditar la información prestada en casos de omisión o extravío del documento de consentimiento informado, ausencia de firma del paciente o incompleta información.

Considero que estos supuestos revisten una enorme trascendencia práctica en la posible exoneración de responsabilidad de la Administración.

Palabras clave: consentimiento informado; Inexistencia del documento o información deficiente; Ausencia de responsabilidad; Administración sanitaria; medios probatorios.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 27/09/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 24/11/2024.

ABSTRACT. The information provided to the patient constitutes one of the main sources of conflict in the Courts. In this paper I intend to systematize those cases in which, despite the nonexistence or deficiencies of the informed consent document, the administrative Courts do not find the health Administration responsible.

I also study the different means of proof to prove the information provided in cases of omission or loss of the informed consent document, lack of the patient's signature or incomplete information.

I consider that these cases have enormous practical significance in the possible exoneration of the Administration from responsibility.

Key words: *Informed consent; Non-existence of document or deficient information; Absence of responsibility; Health administration; means of proof.*

I. INTRODUCCIÓN

El consentimiento informado se erige en exponente máximo del derecho de autonomía personal o de autodeterminación del paciente, con fundamento en la dignidad y en la libertad de la persona (arts. 10.1 y art. 17 de la Constitución Española, CE) (1).

Frente a concepciones paternalistas de la relación médico-paciente en las que primaba la decisión del médico («*todo por el paciente, pero sin el paciente*»), la capacidad de decidir corresponderá exclusivamente al enfermo o a su representante legal, quien tiene derecho a adoptar la solución más favorable a sus intereses en una manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada. No puede privarse al paciente de la adecuada información que le permita decidir fundadamente sobre la prestación de su consentimiento (2).

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 37/2011, de 28 de marzo (3), ha disipado cualquier duda sobre su dimensión constitucional al considerar

(1) *Vid.* STS 140/2021, de 4 de febrero, rec.3935/2019. Según la STC 53/1985, de 11 de abril, rec.800/1983: «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10)». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida».

(2) STS de 20 de noviembre de 2012, rec.4598/2011: «el consentimiento está estrechamente relacionado con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas». *Vid.* GUERRERO ZAPLANA, JAVIER (2013a: p.151): «RESPONSABILIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO», EN PALOMAR OLMEDA A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (DIRS.): TRATADO DE DERECHO SANITARIO, VOL. II, ARANZADI.

(3) Rec. amparo 3574/2008. *Vid.* GALLARDO CASTILLO, M^a. Jesús (2021: pp. 140-142): *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Cólex; MARTÍNEZ DOALLO, Noelia (2021):

que el consentimiento informado es inherente al derecho fundamental a la integridad física, pues «la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física». Aclara la referida sentencia que, si bien el art 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, no implica su marginación de la previsión constitucional de la protección de la integridad física y moral.

Igualmente, la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo (TS) considera que el derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libremente prestado. La información facilitada al paciente debe ser la adecuada para que pueda decidir, de manera libre, voluntaria y con los elementos de juicio necesarios, sobre la actuación sanitaria de que se trate, plasmándola en el correspondiente consentimiento (4).

Es importante resaltar que el consentimiento informado es jurisprudencialmente concebido como un elemento esencial de la *lex artis*, por lo que su observación exige no sólo una asistencia médica correcta, sino también que la información y el consentimiento se presten adecuadamente (5).

En el ámbito de la sanidad curativa o asistencial, la *lex artis* debe ser entendida en sentido amplio. Estaría integrada por las siguientes exigencias (6):

El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental, Comares; CORCHETE MARTÍN, Mº. José (2014: pp.57-95): «El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, La Ley; MOURE GONZÁLEZ, Eugenio (2012): «El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 7912; XIOL, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José (2012): *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

(4) *Vid. STS 140/2021, de 4 de febrero, rec.3935/2019*. También la STS (Sala Civil) 211/2010, de 30 de marzo, rec.326/2006, proclama: «el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

(5) Según la STS 1226/2020, de 30 de septiembre, rec.2432/2019: «Ninguna duda existe respecto a que la falta de consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*». En palabras del TSJ de Galicia, rec.199/2023, el consentimiento informado constituye «una parte de la asistencia sanitaria que se presta al paciente» *Vid. GAILLARDO CASTILLO, Mº. Jesús (2021: pp. 142-14); REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 138-1439): Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Aranzadi, o GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: p. 152).

(6) *Vid. STSJ de Valencia 200/2012, de 29 de febrero, rec.250/2009*.

1º) la utilización de cuantos medios —adecuados y razonables, materiales y personales—, conozca la ciencia médica (art. 34.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público) (7); 2º) la información al paciente del diagnóstico de la enfermedad, alternativas, riesgos y pronóstico; 3º) el tratamiento hasta que el enfermo pueda ser dado de alta, con advertencia de los riesgos de su abandono; 4º) la realización de la actuación médica con arreglo a la diligencia debida, como modo de determinar la actuación correcta del personal sanitario, independientemente del resultado, al no resultar posible a la Administración garantizar la salud del paciente.

En suma, la *lex artis ad hoc* no sólo consiste en actuar de forma técnica-científica correcta, sino también en facilitar una información adecuada y suficiente (8). Por ello, Panes Corbellé (9) señala que el consentimiento informado constituye un plus a la exigencia de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, y cumple una función de garantía para el paciente, a fin de que esté debidamente informado sobre su diagnóstico, tratamiento, alternativas, posibles riesgos y complicaciones.

No obstante, la firma del consentimiento informado previo a la actuación médica prevista no valida cualquier daño posterior ni libera del deber de diligencia que incumbe al facultativo y a la propia Administración sanitaria. Mantener lo contrario equivaldría a consagrarse en derecho la irresponsabilidad de la Administración por la sencilla razón de haber informado al paciente. El consentimiento no legitima cualquier daño derivado de la actuación médica, al igual que la falta de información no es sinónimo de mala praxis médica (10).

El Tribunal Supremo (11) ha proclamado que el consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación

(7) *Vid. STS Madrid 530/2022 de 9 de junio, rec.348/2021*, con cita de sentencias del TS.

(8) CALVO SÁNCHEZ, Mº Dolores (2014: p.343): «Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley: «tengamos claro que la *lex artis* no sólo consiste en actuar de forma técnica-científica correcta, sino también de correcta actuación jurídica dictada por la legislación vigente (consentimiento informado)».

(9) PANES CORBELLÉ, Luis Alberto, (2013: p.86): «La responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud», en PALOMAR OLMEDO, Alberto; CANTERO MARTINEZ, Josefa: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Capítulo 43, Aranzadi.

(10) STS de 20 de noviembre de 2012, rec.4891/2011: «el consentimiento informado no puede convertirse en una suerte de «patente de corso» que libere a la Administración de cualquier reclamación, sino que sigue siendo necesario un análisis de la praxis médica para acreditar si hubo un quebranto de la *lex artis ad hoc*». *Vid. GRAU GRAU, Ignacio* (2017: pp. 285-292): *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Bosch.

(11) STS de 30 de abril de 2013, rec.2989/2012. *Vid. STS de 4 de diciembre de 2012, rec.5890/2011*: «la firma del consentimiento informado [...] no puede servir de patente

asistencial inadecuada porque el deber de información es un deber autónomo «que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo, conforme a las técnicas vigentes, en función del conocimiento de la práctica sanitaria, sin solapamiento de uno por la otra». Gallardo Castillo (12) también destaca que la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar una adecuada intervención diagnóstica o terapéutica.

A contrario sensu, la actuación médica llevada a cabo sin consentimiento del paciente o habiéndose recabado de forma defectuosa ha de considerarse un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* en cuanto revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir, con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan (13).

Causa un daño moral reparable económicamente ante la privación del paciente de su capacidad para decidir fundadamente, siempre que de la asistencia sanitaria haya derivado un daño del que no fue informado. La tesis del Tribunal Supremo es que la omisión del consentimiento priva a los interesados de ponderar la conveniencia o no de sustraerse a una intervención o a una determinada prueba diagnóstica, lo que constituye un daño moral grave indemnizable (14).

El Tribunal Supremo considera que, no sólo puede constituir infracción la ausencia del consentimiento informado, sino también cuando la información facilitada es incompleta (descuidos parciales), como la ausencia de la obligación de informar de todos los riesgos y consecuencias que entraña una actuación médica (15).

de corso para eximir a la Administración de su responsabilidad patrimonial y mucho menos para permitir descuidar el deber de diligencia que incumbe al facultativo y a la propia Administración sanitaria» o STSJ de Asturias 710/2023, de 28 de junio, rec.456/2020: «[...] el consentimiento informado no es nunca sinónimo de éxito en el tratamiento médico ni tampoco en una operación quirúrgica. Y en sentido contrario, la ausencia o insuficiencia del mismo, tampoco puede ser equiparada de forma automática con la mala praxis». Vid. también la STSJ de Navarra 464/2016, de 3 de noviembre, rec.271/2016.

(12) Vid. GALLARDO CASTILLO, MºJesús (2021: pp. 142-149).

(13) Vid. SSTS 140/2021, de 4 de febrero, rec.3935/2019; 2 de enero de 2012, rec.6710/2010; 30 de septiembre de 2011, rec.3536/2007, entre otras.

(14) STS 1226/2020, de 30 de septiembre, rec.2432/2019. Vid. HURTADO-DÍAZ GUERRA, Isabel (2018): *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch; GUERRERO ZAPLANA, Javier. (2013a, pp. 156 y 168-171); RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012: p. 131): *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Fundación Asesores Locales o Abogacía General del Estado (2009: p. 247): *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi.

(15) Vid. SSTS 140/2021, de 4 de febrero, rec.3935/2019; 418/2018, de 15 de marzo, rec.1016/2016; 22 de junio de 2012, rec.2506/2011 o 26 de marzo de 2012, rec.3531/2010. Vid. también STSJ de Murcia 51/2022, de 1 de marzo, rec.488/2019: «no se suministró a los padres, a través del documento de consentimiento informado, la información

II. CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONCEPTO. REGULACIÓN LEGAL

La Constitución Española, en su art. 43, reconoce el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. El primer contenido legal de este derecho se plasmó en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuyo art. 10 (16) era extraordinariamente riguroso al exigir que la información fuera completa y continuada, verbal y escrita, para la realización de cualquier intervención.

El art. 10 LGS, en sus apartados 5,6,8, 9 y 11, fue derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP) (17). Dado su carácter de legislación básica, la LBAP se complementa con otras normas de carácter autonómico, si bien las normas autonómicas anteriores que pudieran contradecir sus preceptos habrán de entenderse sin efecto desde su entrada en vigor (18).

relativa a la complicación no deseable pero posible que finalmente sí se produjo»; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 538/2021, de 12 de mayo, rec.546/2018 o STSJ de Madrid 141/2016, de 17 de marzo, rec.586/2012: «En conclusión, existió defecto en el consentimiento informado en los concretos extremos relativos a la falta de mención expresa del incremento del riesgo al tratarse de una reintervención, por una parte, y del riesgo vital, por otra».

(16) Art.10.5 LGS: toda persona tiene derecho «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento».

(17) La LBAP es tributaria, según establece su Preámbulo, del Convenio relativo a los Derechos humanos y la Biomedicina suscrito el 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo), en vigor en España desde el 1 de enero de 2000. Vid. LIZARRAGA BONELLI, Emilio (Coord.) (2022): *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario*, Aranzadi; GALLARDO CASTILLO, Mº. Jesús (2021, pp. 149-151); BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2007: p. 57): «El consentimiento informado como derecho de los pacientes en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en ABELLÁN SALORT, José Carlos, *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, Grupo Difusión; ABEL LLUCH, Xavier (2004: pp. 15-126): El derecho a la información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.10; SÁNCHEZ CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando (2003): *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, consentimiento informado, intimidad clínica, intimidad e instrucciones previas*, Comares; ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando (2003): *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas; entre otros.

(18) En relación con la regulación autonómica, vid. MARTINEZ-CARRASCO, Robert y ORDÓÑEZ-LÓPEZ, Pilar (2023): «El consentimiento informado en la comunicación médico-paciente: análisis crítico del marco legislativo», en HERMES - Journal of Language and Communication in Business, núm.63, pp. 100-117. <https://doi.org/10.7146/hjcb.vi63.134391>.

La Ley 41/2002 precisa, en su art. 2, que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios, debiendo obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada. Y añade que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

El consentimiento informado se define en el art. 3 LBAP: «La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud». Este precepto se complementa con el artículo 4 de la Ley 41/2002 sobre el contenido mínimo del consentimiento, que debe abarcar: *«la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias»*.

Gallardo Castillo (19) lo define como el derecho de todo paciente a obtener la información suficiente, clara, completa, veraz y adecuada acerca del padecimiento que sufre, su diagnóstico, pronóstico y posibles tratamientos, riesgos y alternativas, a fin de que pueda emitir su conformidad libre, consciente y voluntaria de recibirlas y asumirlas y, en fin, de valorar, ponderar y decidir el coste-beneficio de unos y otros.

A su vez, el art. 4 LBAP regula el «derecho a la información asistencial». En su apartado 1 expresa: «los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley». Y añaden los números 2 y 3 de dicho precepto: «la información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad».

Por tanto, la información facilitada al paciente debe ser «puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva». También ha de tratarse de «información suficiente», con datos claros y precisos para poder decidir porque la prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas, así como consentir en atención a los riesgos que cada una de ellas comporta (20).

(19) GALLARDO CASTILLO, M^a.Jesús (2021: p. 151). Vid. también la definición de REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 95-96).

(20) En relación con los requisitos de la información vid. STSj de Galicia 189/2024, de 20 de marzo, rec.494/2022; STSj de Asturias 630/2020, de 17 de noviembre, rec.346/2019; STSj de Castilla y León, sede Burgos, 82/2015, de 15 de mayo, rec.120/2014 o SJCA de Santander 148/2017, de 12 de julio, rec.6/2016. Vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021: pp. 539-544); *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson; CADENAS OSUNA, Davinia (2018: pp. 180-183); *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado, o REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 70-77).

Esta doble regulación de la información asistencial y del consentimiento informado se justifica porque, como señala Huerta Garicano (21), la información constituye un *prius* respecto al consentimiento informado. Su finalidad es ayudar al paciente a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, por lo que debe ir precedido de una información adecuada. Asimismo, Cantero Martínez (22) precisa que el derecho a la información y el consentimiento informado no son sinónimos, pero sí dos caras de la misma moneda. La información envuelve al consentimiento informado en cuanto le precede. A su vez, este último constituye una parte de aquélla. También Gallardo Castillo (23) destaca la doble faz del consentimiento informado como derecho básico del paciente y como contenido definidor de la *lex artis*, en tanto que el deber de informar constituye uno de los deberes que incumben al facultativo.

La propia Ley de Autonomía del paciente (art. 2.6) precisa que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*: «Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente».

Por esta razón, algunos autores (24) diferencian entre la «*lex artis material*» (la *praxis médica*) y «*lex artis formal*» (el consentimiento informado). Personalmente, me inclino por la expresión utilizada en la STS 1226/2020, de 30 de septiembre: «*lex artis asistencial o lex artis médica*» cuando se trata de la actuación sanitaria (25).

El titular del de derecho de información es el paciente capaz de recibir información y autorizar una determinada actuación médica. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, si el paciente lo permite de manera expresa o tácita (art. 5 LBAP). Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto legalmente sobre la posibilidad de otorgamiento del consentimiento por sustitución o por representación (art. 9 LBAP) (26).

(21) HUERTA GARICANO, Inés (2011: p. 152): «La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 16, p. 152.

(22) CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2005: p. 11): *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, califica esta relación médico-paciente como un derecho de carácter «bifásico» porque el consentimiento requiere la previa información.

(23) GALLARDO CASTILLO, Mº. Jesús (2021: p. 139). *Vid.* también GUERRERO ZAPLANA, Javier (2014b): «Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento», en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 158, pp. 163-182.

(24) RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012: p. 125).

(25) Rec. 2432/2019.

(26) *Vid.* STSJ de La Rioja 347/2022, de 10 de noviembre, rec.5/2020: «La información verbal que se pudo transmitir al tío del paciente como médico colega de los profesionales que

El interrogante que se plantea es el siguiente: ¿es transmisible a los herederos el derecho a reclamar por el daño moral derivado de falta de consentimiento informado al paciente fallecido o nos hallamos ante un derecho personalísimo?

Sin perjuicio de pronunciamientos judiciales dispares (27), la existencia de un daño moral no impide que pueda ser reclamado por quien suceda al causante siempre que la reclamación se formule en su condición de heredero, no *in iure proprio*, pues no ostenta un derecho propio a la indemnización ajena. Bajo estas premisas, no puede apreciarse una causa de inadmisibilidad del recurso ex art. 69 b) LJCA (28).

La STSJ de Madrid 660/2020, de 24 de septiembre (29), trae a colación la STS de 26 de marzo de 2012 (30). Esta última aprecia un quebranto de la *lex artis* en la prestación del consentimiento informado como consecuencia de no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los riesgos derivados del parto por cesárea, con el consiguiente daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad de decidir. El Alto Tribunal admite la legitimación del esposo e hijos de la fallecida para reclamar la indemnización correspondiente por la ausencia de consentimiento informado, además de la legitimación por derecho propio para ejercitar la acción de resarcimiento por el fallecimiento de la finada como consecuencia del quebranto de la *lex artis* en la atención sanitaria prestada.

intervendrían en la operación no puede ser en ningún caso sustitutiva del necesario consentimiento informado otorgado por los padres del menor». *Vid. GALLARDO CASTILLO, Mº. Jesús* (2021: pp. 155-158 y 160-165); *GALÁN CORTÉS, Julio César* (2021: pp. 779-780): *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters-Civitas; *CALVO SÁNCHEZ, Mº.Dolores* (2020): «La responsabilidad patrimonial, con referencia a la administración sanitaria. La figura jurídica del consentimiento informado: Autonomía del usuario-paciente y fiel aliado del profesional sanitario», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 34, pp. 67-80; *CADENAS OSUNA, Davinia* (2018: pp. 110-142 y 214-226); *REYNAL REILLO, Esperanza* (2017: pp. 97-121); *VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu* (2012): «El derecho a la información: un campo de batalla entre la medicina y el derecho», en *Revista Derecho y Salud*, vol.22, núm. 2, pp. 69-76 ; *ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO* (2009: pp. 240-245) o *GALLARDO CASTILLO, Mº.Jesús* (2009): «Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 75, pp. 105-108.

(27) STSJ de Galicia 189/2024, de 20 de marzo, rec.494/2022: «En consecuencia, todo lo relativo a la vulneración del derecho al consentimiento informado es intransmisible, por lo que en el caso presente los demandantes carecen de legitimación para reclamar el daño moral derivado de un defectuoso o insuficiente consentimiento informado prestado al paciente fallecido». En el ámbito civil, *vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel* (2013): «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, p. 160.

(28) Art. 69 b) LJCA: «La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada».

(29) Rec.645/2018.

(30) Rec.3531/2010.

En la misma línea, la STS de 4 de junio de 2013 (31) indemniza a la esposa e hijos del fallecido porque el causante no suscribió documento de consentimiento informado para quimioterapia. Afirma que el paciente no recibió la información que era preceptiva respecto a los riesgos determinantes de la quimioterapia que le sería aplicada, recordando que la falta de consentimiento constituye una infracción a la *lex artis ad hoc* en el servicio público sanitario.

III. FORMA. CARGA DE LA PRUEBA

1. Regla general: información oral. Excepciones y particularidades

Frente a la imperiosa exigencia de forma verbal y escrita prevista en la LGS, el art 8.2 Ley 41/2002 ha optado por la información verbal, por regla general, pero dejando constancia en la historia clínica: «*La información que, como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica [...]*».

No obstante, el art. 8.2 LBAP, en su párrafo segundo, exige que el consentimiento se preste por escrito en los casos siguientes: a) Intervención quirúrgica; b) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, c) En general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente» (32). Todo ello en consonancia con lo anunciado en el art.2.2 LBAP: «El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley».

Conforme al sentir jurisprudencial, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. El consentimiento informado, por su propia naturaleza, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que «la exigencia de forma escrita por parte de la normativa tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente».

En consecuencia, la falta de constancia escrita de la información no condiciona su validez y mucho menos su eficacia porque el cumplimiento del requisito formal tiene un mero valor *ad probationem* (a los efectos de facilitar su prueba), no *ad solemnitatem*, pudiendo ofrecerse de forma verbal, siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte.

(31) Rec.2187/2010.

(32) STSJ del País Vasco 529/2023, de 22 de noviembre, rec.852/2022. Vid. CADE-NAS OSUNA, Davinia (2018: pp. 270-279) o VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 57-58).

La jurisprudencia valora de modo primordial el hecho de que haya existido información, aunque se haya facilitado de modo diferente a como hubiera sido deseable a tenor de la normativa legal (33).

De no ser así —precisa la STSJ de Andalucía, sede Sevilla, 1118/2021, de 31 de mayo (34)— se podría dar lugar a situaciones absurdas, como sucedería en el caso de que una ilustración verbal al paciente de los riesgos y consecuencias del acto médico, razonada y precisa, facilitada en el contexto de una relación de confianza personal intensa con el médico, en presencia de sus familiares y allegados, terminase mereciendo menos valor y eficacia que un documento impreso firmado, redactado en términos necesariamente burocráticos.

En efecto, según la STS 1226/2020, de 30 de septiembre (35), el consentimiento informado «será verbal por regla general», debiéndose prestar por escrito en el caso de intervención quirúrgica y otros (art.8.2 LBAP). Por tanto, el documento escrito y firmado del consentimiento informado es la exigencia legal de documentar la información verbal previa en la consulta médico-paciente, en la que se le informa de su situación, de las recomendaciones médicas y tiene la oportunidad de solicitar aclaraciones. Todo ello se refleja, con mayor o menor extensión, en el referido documento, que no tiene que ser una transcripción literal de la consulta previa. Pero lo realmente trascendente es que el paciente conozca las ventajas y los inconvenientes de la actuación médica proyectada.

Por esa razón, según la STS 418/2018, de 15 de marzo (36), aquellos documentos de consentimiento impresos carentes de rigor informativo adecuado son ética y legalmente inválidos. Porque, aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la razonable para que el paciente conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas.

(33) STS de 16 de enero de 2007, rec.5060/2002. En el mismo sentido vid. STS de 29 de junio de 2010, rec.4637/2008 o STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 52/2021, de 21 de enero, rec.402/2018. Vid. REYNAL REILLO, Esperanza (2017: p. 127) o GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: p. 166).

(34) Rec.343/2019. Vid. GUERRERO ZAPLANA, Javier (2014a): «El criterio antiformalista de la prestación del consentimiento informado», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, pp. 121-130.

(35) Rec. 2432/2019: «Como afirma la STSJ de Asturias invocada, nº 263/2016, de 11 de abril, “no hay un criterio único sobre el particular”. Esta Sala entiende correcta esta apreciación, pues la interpretación a dar al artículo 56.1 LJCA, dependerá de las características de cada caso».

(36) Rec. 1016/2016. Vid. también STSJ de Galicia 189/2024, de 20 de marzo, rec.494/2022.

No obstante, es justo reconocer que son cada vez más frecuentes los pronunciamientos judiciales que acentúan el rigor acerca de la exigencia escrita del consentimiento en los supuestos contemplados en el art. 8.2 de la Ley 41/2002 (37). El propio art. 10.2 LBAP indica que el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Así, haberse sometido con anterioridad a una *intervención quirúrgica idéntica* debidamente informada por escrito, ex art. 8.2 LBAP, no exime del cumplimiento del deber de informar al paciente también por escrito en las sucesivas intervenciones si los antecedentes del paciente, la técnica o los riesgos son diferentes. Según el Tribunal Supremo (38): «no es lógico deducir que como la paciente se había sometido hace tres años a una intervención de otra catarata, conocía los riesgos específicos de la intervención de catarata realizada tres años después, cuando las técnicas son distintas, la paciente había perdido la visión del otro ojo, existía la posible incidencia de un desprendimiento de retina».

En cambio, si la segunda intervención o prueba invasiva es absolutamente idéntica a la practicada, el TSJ de Castilla y León (39), sede Valladolid, proclama que el hecho de que la propia paciente hubiera sido sometida a idéntica prueba un año antes [colangiopancreatografía retrógrada endoscópica o CPRE], habiendo sido informada entonces de los riesgos, con prestación de consentimiento escrito, enerva y anula la invocación de falta de información. Igualmente, el TSJ de Madrid (40) considera plenamente válido el consentimiento prestado con carácter previo para la intervención de cataratas «al tratarse de la misma operación de cataratas, realizada con la misma técnica, ante los mismos antecedentes de la paciente y con idénticos riesgos para esta última».

Merece ser resaltada la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 8 de marzo de 2022 (41), en relación con la falta de entrega a los padres de consentimiento escrito para la segunda intervención quirúrgica

(37) *Vid.* STSJ del País Vasco 529/2023, de 22 de noviembre, rec.852/2022; STSJ de Castilla y León, sede Burgos, 38/2021, de 22 de febrero, rec.195/2019; SSTS de 26 de marzo de 2012, rec.3531/2010; 25 de junio de 2012, rec.1386/2011 o 13 de noviembre de 2012, rec.5283/2011, entre otras.

(38) STS de 3 de abril de 2012, rec.464/2011.

(39) STSJ de Castilla y León 1233/2015, de 12 de junio, rec.1622/2012.

(40) STSJ de Madrid 1230/2007, de 4 de octubre, rec.1556/2003.

(41) Demanda 57020/2018. *Vid.* comentario de LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente (2022): «Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario», en *Revista Derecho y Salud*, vol.32, pp. 90-91.

de un astrocitoma de su hijo menor, consecuencia necesaria de la primera, debidamente informada por escrito, que no extirpó de forma completa del tumor. Tanto la STSJ de Murcia de 20 de marzo de 2015 como la STS de 9 de mayo de 2017 (42) desestimaron la demanda al considerar acreditado que el médico había informado verbalmente a los padres durante la segunda operación, cuyos riesgos eran los mismos que los de la primera, debidamente informada, constituyendo además la cirugía la única alternativa posible.

Sin embargo, el TEDH falló que los Tribunales españoles no habían respondido adecuadamente a la exigencia de la ley española de obtener un consentimiento por escrito: «El Tribunal sólo puede concluir que los tribunales internos no abordaron el argumento específico relativo a la exigencia del consentimiento escrito en tales circunstancias, según la legislación española. La conclusión según la cual, en las circunstancias específicas del presente asunto, un acuerdo verbal era válido, no es suficiente a la luz de las disposiciones específicas de la legislación española, que exigen un consentimiento informado por escrito».

Puesto que el documento de consentimiento informado ha de ser específico (43) en cuanto debe adecuarse a las exigencias de la específica asistencia sanitaria a la que el paciente va a ser sometido, el facultativo deberá recabar un nuevo consentimiento si, durante una intervención, se percata de la existencia de una patología inesperada o más grave; o bien modifica *in situ* la actuación inicialmente prevista, con un incremento de los riesgos. En ambos casos, obviamente, salvo que concurra una situación de urgencia vital o la actuación final se hallare amparada por el consentimiento informado previamente firmado (44).

(42) STSJ de Murcia 226/2015, de 20 de marzo, rec.548/2011: «En cuanto a la segunda [operación] no es sino una reintervención, necesaria y la única posibilidad para el caso; el médico informó de los beneficios y riesgos (que eran los mismos que los de la primera operación) verbalmente. En este punto se lee en el expediente "familia informada"»; STS 782/2017, de 9 de mayo, rec.2166/2015: «el consentimiento de la primera intervención quirúrgica se prestó por escrito. Respecto de la segunda, realizada al mes siguiente, consta en la historia clínica e informes médicos, que la relación entre los padres y el médico encargado era constante y permanente, y que la información y el consentimiento se prestó. [...]. En este sentido hemos considerado suficiente la información verbal, siempre que aparezca acreditada».

(43) STS 418/2018, de 15 de marzo, rec.1016/2016: «Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad». Vid. CADENAS OSUNA, Davinia (2018: pp. 280-288).

(44) La SAN de 12 de marzo de 2003, rec.239/2000, condena a la Administración porque el facultativo, durante una operación de hernia, extirpó un tumor sin el consentimiento del enfermo; la STSJ de Castilla-La Mancha 312/2015, de 2 de noviembre, rec.140/2014, condena a la Administración porque el facultativo modificó a mano la técnica inicialmente

Asimismo, se considera que ha existido una infracción de la información legalmente exigible si el tratamiento quirúrgico finalmente aplicado no constituye ninguna actuación complementaria de la intervención inicialmente programada, por lo que no resulta sostenible que el consentimiento fuera intrascendente por estar comprendida en el inicialmente prestado (45).

Sin embargo, si se lleva a cabo, con carácter previo, un mero cambio de la técnica operatoria se considera que el paciente ha sido correctamente informado cuando consta acreditado que los riesgos de ambas técnicas son los mismos, incluso menores los de la nueva técnica propuesta (46).

2. Carga de la prueba

La prueba de la información facilitada reviste una especial importancia, reflejada en la profusa atención que ha merecido por parte de la doctrina científica (47) y la innumerable casuística que genera en la práctica procesal.

Pese a su engañosa sencillez conceptual, su prueba constituye una fuente de enorme conflictividad: extravío del consentimiento facilitado o de sus anexos; falta de firma del paciente o del facultativo; omisión de los riesgos o alternativas; utilización de consentimientos genéricos; falta de verificación de la devolución, por el paciente, del duplicado entregado; incluso su completo olvido por parte de los profesionales médicos, a menudo enfrascados en otros quehaceres a los que conceden mayor atención (48).

prevista, comunicando los riesgos de forma verbal, sin constancia en la historia clínica. En cambio, en la STSJ de Murcia 71/2020, de 14 de febrero, rec.68/2017, el consentimiento se presta para una laparotomía, pero «se preveía la posibilidad de la extirpación de todo el aparato genital, de manera que se estaba asumiendo también esa posibilidad, que en este caso se tradujo en la extirpación del útero».

(45) STSJ de Castilla y León (Sala C-A), sede Burgos, 259/2022, de 21 de noviembre, rec.131/2022.

(46) STSJ de Castilla y León (Sala C-A), sede Valladolid, 1049/2011, de 6 de mayo, rec.2108/2006: prestado consentimiento escrito para toracotomía derecha, se realizó la intervención mediante cirugía por videotoracoscopia: «Consta acreditado que los riesgos de la intervención por cirugía de videotoracoscopia son los mismos que los de la técnica de cirugía por toracotomía, incluso son menores los de aquélla al ser una vía mínimamente invasiva».

(47) *Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes (2013): La carga de la prueba por omisión de información al paciente, Marcial Pons; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (2015): «La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y praxis médica», en TOMILLO URBINA, Julio Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (Coords.), *Derecho y Salud como realidades interactivas*, pp. 89-106; YEBRA-PIMENTEL VIAR, Eva (2012): *El consentimiento informado. Criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión jurídica, entre otros.*

(48) STSJ de Madrid 884/2014, de 18 de diciembre, rec.49/2012: «A pesar de que el anexo no formaba parte de la historia clínica remitida a la inspección sanitaria, no podemos colegir sin duda alguna que el citado documento no fuera conocido por la actora

Seijas Quintana (49) considera que la información que se debe proporcionar al paciente y el correlativo consentimiento informado ha transformado el modelo tradicional de la relación médico-paciente y ha determinado un considerable incremento de litigios por su vulneración. De hecho, según Hernández Herrero, tras el examen de las sentencias dictadas en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, la falta de información constituye el tercer motivo de reclamación (20,32%), sólo superada por la mala praxis diagnóstica y/o tratamiento (37,40%) y la pérdida de oportunidad (28,18%) (50).

Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción, ex art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración: «la prueba de la ausencia de consentimiento, al ser un hecho negativo, no corresponde al que lo alega, sino a quien lo niega, con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba» (51).

Expresado de otro modo, el paciente no está obligado a acreditar que la Administración no le informó (hecho negativo), lo que implicaría, por su dificultad, una probatio diabólica, desplazándose la carga de la prueba a la Administración sanitaria. Alegado por el paciente falta del documento de consentimiento informado escrito, sus anexos, ausencia de firma del paciente o insuficiente información (verbigracia: consentimiento genérico; ausencia de

dado que expresamente se alude al mismo en el consentimiento informado por ella firmado y en el que expresamente se mencionan los posibles riesgos generales y particulares de la cirugía». Vid. ROMEO CASABONA, Carlos Mº (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coords.) (2022): *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson; VIVAS TESÓN, Inmaculada (2022): «Consentimiento informado (II)», en ROMEO CASABONA, Carlos Mº (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coords.), *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson, pp. 115-140; GARCÍA CAÑETE, Isolda Mº; ENAMORADO ANAYA, Antonio Rafael (2020): «El consentimiento informado en la práctica médica asistencial. Reflexiones, conocimiento y aplicación», en Roca. *Revista Científico – Educaciones de la provincia de Granma*, vol. 16, núm. 1, pp. 380-389; GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013b: pp. 145-172): *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias. Cuestiones prácticas y preguntas con respuestas*, Lex Nova; GUERRERO ZAPLANA, J. (2013a: pp. 145-172).

(49) SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2022): «Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José, *Responsabilidad médica-sanitaria*, Sepin, p. 167. GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: p. 151) reconoce que la omisión de información es la razón de existir de muchas de las reclamaciones que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales civiles y contenciosos.

(50) Vid. HERNÁNDEZ HERRERO, Mónica (2023): *Medicina defensiva y judicialización. Radiografía del litigio en la sanidad pública*, Dykinson, p. 200.

(51) STS de 26 de noviembre de 2004, rec.280/2001. Vid. BORRELL i MESTRE, Joaquim (2011): «La prueba del consentimiento informado y la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario», en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ i JUNYOL, Joan (Dirs.), *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa*, pp. 1657-1673.

un riesgo frecuente o personalizado, de las alternativas existentes, etcétera) incumbe a la Administración, por la inversión de la carga de la prueba basada en el principio de facilidad probatoria, la acreditación de la información suministrada.

Al exigir que el consentimiento informado se ajuste, en determinados supuestos, a la forma documental escrita, dicha exigencia tiene «virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración), de modo que debe ser la Administración quien acredite que el consentimiento se prestó (52).

La Administración sanitaria soporta la carga procesal de acreditar que ha informado al paciente o su representante de la actuación sanitaria a realizar, riesgos probables y posibles tratamientos alternativos (hecho positivo). Conforme a la doctrina uniforme de los Tribunales: «incumbe a la Administración, por inversión en la carga de la prueba, la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden no sólo los riesgos inherentes a la intervención, sino también los posibles tratamientos alternativos» (53).

IV. INEXISTENCIA O DEFICIENCIAS DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO SIN RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

1. Excepciones legales a la obligación de informar

Las situaciones en las que procederá la atribución de responsabilidad a la Administración sanitaria se concretan, de ordinario, en las siguientes: 1º) inadecuada actuación médica en la selección o el empleo de los medios de diagnóstico y tratamiento; 2º) inadecuación objetiva del servicio; 3º) indebida información al paciente sobre el diagnóstico, alternativas de tratamiento y riesgos potenciales, actuación que, sólo en condiciones excepcionales y muy especiales, podrá llevarse a cabo sin contar con su voluntad (54).

(52) SSTS de 4 de diciembre de 2012, rec.6157/2011 o de 2 de octubre de 2012, rec.3925/2011. *Vid.* también SJCA de Santander 26/2015, de 30 de enero, rec.101/2014.

(53) STSJ de Galicia 189/2024, de 20 de marzo, rec.494/2022; STSJ de 710/2023, de 28 de junio, rec.456/2020; STSJ de Andalucía, sede Granada, 254/2023, de 21 de septiembre, rec.3128/2020 o STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1223/2021, de 12 de noviembre, rec.458/2019. *Vid.* GALLARDO CASTILLO, M^a.Jesús (2021, pp. 181-183) ; RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012: pp. 128-129) o GALLARDO CASTILLO, M^a.Jesús (2009:pp. 125-126).

(54) STSJ de Valencia 200/2012, de 29 de febrero, rec.250/2009.

Estas circunstancias excepcionales están contempladas en el art. 9.2 de la Ley 41/2002, conforme al cual los facultativos podrán realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de recabar el consentimiento del paciente, en los siguientes casos (55):

a) *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley* (art. 9.2 a LBAP). En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) *Urgencia vital: Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización:* se deberá consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al paciente (art. 9.2 b LBAP) (56). No obstante, la STC 37/2011, de 28 de marzo (57), ha declarado que «no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad» (58).

Obviamente, cuanto más urgente sea una intervención, menor será el caudal informativo exigible al médico; cuanto más novedosa y peligrosa sea una actuación médica, o más grave una enfermedad, mayor será la exigencia de la información facilitada al paciente; cuanto menos necesaria sea una intervención, mayor rigor resultará exigible en la información que se facilite al paciente (por ejemplo, intervenciones propias de la cirugía estética) (59).

Igualmente, el facultativo está exonerado de su deber de informar si el paciente ejerce su derecho a no ser informado o derecho a no saber (art. 4.1

(55) *Vid. GALÁN CORTÉS, Julio César* (2021: pp. 777-778); *ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel* (2021: pp. 519-520); *CADENAS OSUNA, Davinia* (2018: pp. 203-205); *REYNAL REILLO, Esperanza* (2017: p. 134-137); *VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu* (2012: pp. 61-66); *GALLARDO CASTILLO, MºJesús* (2009: pp. 107-108).

(56) STSJ del País Vasco /2023, de 22 de noviembre, rec.852/2022; STSJ de Castilla y León, sede Burgos, 44/2014, de 3 de marzo, rec.389/2012: en atención al elevado riesgo de perder de la vida del paciente, ninguna negligencia cabe apreciar en el hecho de que no constara en el consentimiento informado la posibilidad de una extravasación de los líquidos que le iban a ser transfundidos; STSJ de Valencia 200/2012, de 29 de febrero rec.250/2009: «*habida cuenta de la urgencia [...] la falta de consentimiento informado escrito no genera responsabilidad de la Administración*».

(57) Rec. amparo 3574/2008.

(58) STS 1177/2016, de 25 de mayo, rec.2396/2014: «razones de extrema urgencia limitan el deber de información al paciente, exigían la práctica inmediata de la cesárea para salvar la vida del feto, no existía otra opción terapéutica». *Vid.* también STSJ de Murcia 829/2016, de 9 de diciembre, rec.510/2014.

(59) STSJ de Castilla-La Mancha 335/2017, de 26 de diciembre, rec.282/2016 o STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1154/2017, de 23 de octubre, rec.656/2016, entre otras.

LBAP). Esta renuncia a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención (art. 9.1 LBAP) (60). Tanto Sancho Gallardo (61) como Sáinz-Cantero Caparrós (62) señalan que el consentimiento «voluntariamente desinformado» sólo será válido cuando, al menos, se haya ofrecido al paciente la posibilidad de ser informado, pese a lo cual la rechaza.

Por último, el facultativo también podrá prescindir del derecho de información cuando concurre el denominado «privilegio, excepción o estado de necesidad terapéutica», previsto en el art. 5.4. LBAP: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave». El médico lo reflejará en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas con el paciente por razones familiares o de hecho (63).

El privilegio terapéutico ha generado una gran polémica en el seno de la doctrina. La mayoría de los autores (64) afirman que esta excepción, que no debe confundirse con las situaciones de pronóstico fatal, debe interpretarse de forma restrictiva y aplicarse con suma cautela, en situaciones de peligro real contrastado o, al menos, previsible para la salud del paciente. Para Sancho Gargallo (65), el precepto está redactado en términos tan genéricos que obli-

(60) *Vid.* GALLARDO CASTILLO, Mº Jesús (2021: p. 160); GALÁN CORTÉS, Julio César (2021: pp. 776-777); ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021: p. 562); CADENAS OSUNA, Davinia (2018: pp. 198-202); REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 90-93); VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 68-69) o ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009: p. 237).

(61) SANCHO GARGALLO, Ignacio (2004): *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*, Indret 2/2004, p. 17.

(62) SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo (2012): «Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y LLEDÓ YAGÜE, Francisco *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, pp. 249-250.

(63) GALÁN CORTÉS, Julio César (2021: p. 772) considera que dicha comunicación no deberá efectuarse en aquellos supuestos en que el propio paciente hubiera prohibido otorgar información a dichas personas.

(64) GALLARDO CASTILLO, Mº Jesús (2021: pp. 158-159); GALÁN CORTÉS, Julio César (2021: p. 773) o CADENAS OSUNA, Davinia (2018: p. 191). *Vid.* también ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021: pp. 518-519).

(65) SANCHO GARGALLO, Ignacio (2004: p. 18).

gará, *a posteriori*, a valorar la concurrencia de esas «razones objetivas» que permitieron a los médicos concluir que la información acerca de su estado de salud podía resultar contraproducente para el paciente.

En opinión de Romeo Malanda (66), esta figura no puede amparar lo que se viene conociendo como «conspiración del silencio», esto es, aquellos acuerdos adoptados normalmente entre la familia y los sanitarios destinados a evitar que el paciente conozca el diagnóstico y/o pronóstico de la enfermedad. Tanto este autor como Vicandi Martínez (67) consideran que, cuando el paciente no tenga alterada su capacidad para tomar decisiones, el recurso a esta figura no hace más que devolvernos a la medicina paternalista que se está intentando superar. Por ello, esta excepción debe encontrarse rigurosamente justificada y limitada únicamente a aquellos casos en los que la omisión informativa consciente resulte beneficiosa, ya que revelar la totalidad de la información podría causarle un daño al paciente (68).

Conviene precisar que la condición del paciente de profesional de la medicina no exime de la obligación de informar. Según el Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa) (69), la Ley 41/2002 contempla excepciones al requisito de recabar consentimiento escrito, pero «lo que, en modo alguno, se prevé es una excepción a tal regla por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso»; sin perjuicio de que sea una circunstancia valorable por el juzgador a la hora de fijar, en

(66) ROMEO MALANDA, Sergio (2022): «Consentimiento informado (I)», en ROMEO CASABONA, Carlos M^a (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coords.), *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson, p. 96. Vid. GALLARDO CASTILLO, M^a. Jesús (2021: pp. 158-159); MARÍN PALMA, Enrique (2008): «El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente», en ADROHER BIOSCA, Salomé; DE MONTALVO JÄASKELÄINEN, Federico et al., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi.

(67) VICANDI MARTÍNEZ, ARANTZAZU (2012: pp. 67-68).

(68) OSASUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», *Cuadernos de Bioética*, Vol. 17, núm. 59, 2006, entiende que la excepción terapéutica es una figura peligrosa, ya que cuando el paciente tenga capacidad de discernimiento y voluntad de conocer, pero a ojos del médico, de forma errónea, no pueda soportar la verdad constituiría una conculcación de su derecho a la información, así como también un atentado a su dignidad, p. 35.

(69) STS de 4 de junio de 2013, rec.2187/2010: «la relación de amistad que mantenía la familia con un facultativo en absoluto garantiza que se recibiera la información». Vid. SSTS de 13 de noviembre de 2012, rec.5283/2011: la especialidad del paciente era otorrinolaringología «por lo que no hay base alguna para derivar de aquella condición un conocimiento propio específico sobre cardiología» o 2 de noviembre de 2011, rec.3833/2009: «no es lógico deducir [...] de que el actor sea médico pediatra la consecuencia de que hubiera de tener conocimiento de los riesgos de la intervención quirúrgica a la que se sometía [de neurocirugía]; ni lo es tampoco deducir de ella que sus colegas sí hubieran informado de todo ello a aquél». Vid. también STS del País Vasco 529/2023, de 22 de noviembre, rec.852/2022 y ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021: pp. 548-550).

su caso, la correspondiente indemnización, si apreciase una infracción de la *lex artis* meramente formal (70).

2. Supuestos jurisprudenciales

Al margen de los supuestos legales exceptuados de la obligación de informar, ¿en qué supuestos los Tribunales admiten que, pese a la ausencia del documento de consentimiento informado; falta de firma por el paciente o deficiente información no se aprecie responsabilidad de la Administración?

En mi opinión, esta problemática tiene indudable trascendencia en la práctica procesal ante la posible exoneración de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia permite sistematizar los supuestos de exoneración de responsabilidad administrativa que se enuncian a continuación (71). Veamos.

A) Inexistencia de alternativa terapéutica

Según la doctrina del Tribunal Supremo (Sala C-A) (72), no hay que olvidar que el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía

(70) La STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 502/2015, de 13 de marzo, rec.553/2013, señala que la condición de personal sanitario de la paciente no exime de la obligación de obtener el preceptivo documento de consentimiento informado firmado, ya que la condición laboral no se encuentra entre las excepciones previstas en la legislación vigente. No obstante: «En el presente caso es obligado volver a significar que por su propia especialidad médica la actora sin duda estaba plenamente familiarizada con los distintos métodos de planificación familiar, todo lo cual nos lleva a la firme convicción de que en el supuesto que nos ocupa no hubo vulneración material, ni siquiera mínima, del derecho a la libre autodeterminación y a la autonomía personal y familiares». La STSJ de Murcia 408/2022, de 30 de septiembre, rec.84/2021, también considera que se debe indemnizar una infracción de la «*lex artis* meramente formal». Pese a no haberse recabado el consentimiento informado del paciente, cirujano torácico, previo a la intervención, conocía el tratamiento al que iba a ser sometido, y que no había alternativa: «no son equiparables los conocimientos de un médico, cirujano torácico, a los de una persona profana en la materia, y ello aun cuando se hubiera jubilado y la técnica aplicada relativamente nueva. Se añade a lo anterior que el Sr. [...] trabajó en el mismo hospital, conocía a los facultativos que le trataron y pudo plantearles cualquier duda».

(71) *Vid.* GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: pp. 162 y 168) en relación con la ausencia de alternativa terapéutica y los riesgos atípicos; VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 66-67) contempla el tratamiento único. En el ámbito civil, *vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César (2021: pp. 910 y ss.) analiza la inexistencia de alternativas terapéuticas como un factor modulador del grado de información; REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 77-81), en relación con los riesgos atípicos; ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2013: pp. 147-16): sentencias que rechazan la indemnización con el argumento de que, en todo caso, habría acaecido el daño final.

(72) STS de 7 de diciembre de 2011, rec.1468/2010.

de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos —y también las ventajas— que pueda suponer una determinada actuación sanitaria, de forma que pueda discernir la conveniencia de someterse o no a la misma, acudir a tratamientos alternativos o incluso a cuidados paliativos.

La razón de ser del consentimiento informado radica en la posibilidad de elección del paciente. Consentir supone básicamente elegir y, si la medicina no ofrece una posibilidad real de elección, aquella razón de ser se diluye por su propia esencia. Cuando no existe alternativa terapéutica a la actuación médica proyectada, la ausencia del consentimiento informado resulta intrascendente, por lo que no puede apreciarse déficit de información (73).

Así lo pone de manifiesto la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo (74) en relación con la falta de información de una posible encefalopatía derivada de un trasplante hepático en una menor. Considera acreditado que los padres fueron informados y dieron su consentimiento para la realización del trasplante «como única opción posible sin alternativa que permitiera determinar de otra manera la decisión a favor de la menor, quedando de esta manera colmada la información».

Acogiendo esta doctrina, *mutatis mutandis*, el TSJ de Castilla y León (75) afirma que la prestación de un consentimiento informado resulta intrascendente desde el momento en que, siendo la operación del meningioma el único remedio para la situación de la paciente, no existía alternativa a la misma. Y añade: «Si la medicina no da alternativa al tratamiento seguido, mal puede buscarse una razón de ser al consentimiento, pues consentir supone, básicamente, elegir y si no hay posibilidad real de elección la razón de ser del consentimiento informado se diluye por su propia esencia».

El propio TSJ de Castilla y León (76), en relación con la falta de firma del consentimiento informado para una hernioplastia, considera que el paciente fue debidamente informado porque firmó el consentimiento de anestesia que recogía precisamente el mismo riesgo que luego cristalizó. Además: «si al paciente sólo y exclusivamente se le podía hacer lo que se le hizo, la alternativa para la autodeterminación, que es la base y finalidad buscada en la institución del consentimiento informado, carece de razón de ser».

(73) Según la STSJ de Madrid 572/2023, de 29 de junio, rec.746/2021: «Esta exigencia de consentimiento informado se extiende también a los tratamientos alternativos que pueden darse al margen de la intervención que se practique». *Vid.* STSJ de Valencia 200/2012, de 29 de febrero, rec.250/2009.

(74) STS 5 de junio de 2012, rec.2838/2010.

(75) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1103/2012, de 8 de junio, rec. 1310/2008.

(76) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 271/2017, de 3 de marzo, rec.1020/2015.

Este mismo Tribunal (77) proclama que la esencia del consentimiento no se vulneró «porque no existía alternativa a la práctica de la intervención que se realizó al recurrente».

Esta disyuntiva —consentimiento informado *versus* alternativa terapéutica— ha sido analizada, en diversas ocasiones, por el TSJ de Castilla-La Mancha (78). La Sala razona que, ante la falta de alternativa terapéutica, la única opción hubiera sido la de no acceder a someterse a la intervención, pero las consecuencias para la salud del paciente hubieran desembocado en unos daños personales mayores que los padecidos.

En la misma línea, el TSJ de Valencia (79) destaca que, en contraste con la finalidad del consentimiento informado de puesta a disposición del paciente de alternativas distintas a las sugeridas por los profesionales de la medicina que le atienden, en el caso examinado no existía otra alternativa.

No obstante, conviene advertir que no se trata de una doctrina pacífica. En efecto, no faltan pronunciamientos, como la STSJ de Castilla y León, sede Burgos, 259/2022, de 21 de noviembre (80), conforme a la cual: «no puede decirse que el consentimiento fuera intrascendente o no necesario por carecer la intervención practicada de alternativa, pues, aunque la técnica quirúrgica empleada fuera necesaria, es incuestionable que se ha producido una infracción de las garantías de la paciente en materia de información y consentimiento».

Idéntico criterio sostiene la STSJ de Galicia 861/2023, de 29 de noviembre (81) al afirmar que, aunque la intervención quirúrgica resultaba necesaria e ineludible para la curación de las lesiones del paciente, no existiendo otra alternativa viable, quedó demostrada la ausencia de información respecto del riesgo de afectación al nervio óptico que, finalmente se materializó.

Sin embargo, considera este Tribunal que, cuando no existe una opción médica posible —supuestos de «*asistencia o tratamiento médico único*» en los términos empleados por Guerrero Zaplana (82)—, el daño moral causado es menor, lo que deberá tener su reflejo en la fijación del importe indemnizatorio. Así, la STSJ de Galicia 231/2024, de 1 de abril (83), contempla la falta de alternativa terapéutica como un factor adicional para minorar la indemnización por daño moral.

(77) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 2392/2014, de 25 de noviembre, rec. 1756/2011.

(78) STSJ de Castilla-La Mancha 32/2016, de 4 de enero, rec.253/2014.

(79) STSJ de Valencia 200/2012, de 29 de febrero, rec.250/2009.

(80) Rec. 131/2022.

(81) Rec.479/2022.

(82) GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013: p. 162).

(83) Rec.266/2023.

En el mismo sentido, la Sala Civil del Tribunal Supremo, salvo aisladas excepciones, no considera que la ausencia de alternativa deba minorar ni anular el derecho del paciente a ser informado.

Pueyo Calleja (84) recuerda posicionamientos de la Sala Civil del Tribunal Supremo que califican de «falacia» admitir que las enfermedades que tengan un único tratamiento no demandan consentimiento informado.

Así, la STS (Sala Civil) 101/2011, de 4 de marzo (85), señala: «La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado"».

Similar pronunciamiento contiene la STS (Sala Civil) 667/2007, de 19 de junio (86): «Dicho derecho absoluto y fundamental tan sólo decae para supuestos de extrema gravedad o urgencia, sin que pueda considerarse como tal una intervención por el mero hecho de que sólo exista un tratamiento posible».

Previamente, la STS (Sala Civil) 828/2003, de 8 de septiembre (87) había rechazado la tesis de la sentencia de instancia que no atribuía consecuencias a la falta de información porque la enfermedad de la paciente «no presentaba otra alternativa»: «pues se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan "consentimiento informado"».

No obstante, distanciándose de anterior línea jurisprudencial, la STS (Sala Civil) 274/2004, de 31 de marzo (88), declara que se suministró información adecuada y mantenida, «sin dejar de lado que la evolución de la enfermedad no permitía otra opción que la de practicar de una vez la cirugía radical» (89).

Llegados a este punto debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿es necesario, en todo caso, el documento de consentimiento informado para el proceso del parto, pese a tratarse de un hecho fisiológico inexorable en el que la voluntad de la madre no puede alterar el curso de los acontecimientos?

(84) PUEYO CALLEJA, Francisco Javier (2009): «La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 17, p. 92.

(85) Rec.1918/2007.

(86) Rec.2047/2000.

(87) Rec.3583/1999.

(88) Rec. 1572/1998.

(89) *Vid.* GALÁN CORTÉS, Julio César (2021: p. 913).

La STSJ de Murcia 221/2015, de 20 de marzo (90), en relación con el consentimiento para el parto precisa: «siendo cierto que la SEGO cuenta con este consentimiento, lo cierto es que fruto de las múltiples reuniones de consensos se ha estimado que dado que el parto es algo inevitable, va a ocurrir sí o sí, únicamente se recomienda a las maternidades poner en conocimiento de las usuarias cómo se desarrolla este procedimiento en cada maternidad, sin recabar nada por escrito. 2.- Con respecto al consentimiento informado para parto vaginal con el antecedente de una cesárea anterior, vigente en la actualidad, no existía en el año 2002».

Sin desconocer este pronunciamiento, numerosas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia aprecian infracción de la *lex artis* al no haber sido informada la paciente de los posibles riesgos derivados del parto por cesárea; del incremento de los riesgos de un parto vaginal precedido de una cesárea anterior o de los eventuales riesgos para el feto derivados de las especiales circunstancias de la madre y/o del nascitrus (91).

A mayor abundamiento, algunos fallos aprecian infracción de la *lex artis* por la ausencia del documento de consentimiento informado para el parto. Así, la STSJ de Valencia 574/2023, de 29 de junio, (92) concluye: «Efectivamente en el expediente remitido no consta que a la recurrente se le trasladara de forma verbal ni escrita información sobre el proceso del parto, ni sobre las complicaciones que pueden surgir en su desarrollo. Lo anterior nos lleva a considerar que se infringió la *lex artis* en su vertiente de falta de consentimiento informado».

(90) Rec. 1242/2010.

(91) STSJ de Valencia 224/2022, de 21 de marzo, rec.246/2019: «La Sala considera que la información recibida por escrito debió recoger expresamente que en su caso los riesgos de rotura uterina o desgarros eran mayores que en los casos de las mujeres que no habían sufrido cesárea anterior»; STSJ de Murcia 166/2020, de 27 de marzo, rec.64/2016: «A preguntas de la parte demandada contestó que había consentimiento informado para parto vaginal, y se pide cuando ha habido una cesárea anterior pues existe riesgo de rotura uterina»; STS 26 de marzo de 2012, rec.3531/2010: «Partimos de que ha habido quebranto de la "lex artis" en la prestación del consentimiento informado al no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los posibles riesgos derivados del parto por cesárea mediante la técnica de anestesia y el subsiguiente tratamiento profiláctico»; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 2123/2010, de 1 de octubre, rec.540/2004: «[...] dadas las circunstancias que reunía la paciente obesidad (95.800 gr. y estatura 1,50 m.), diabetes gestacional y sospecha de macrosomía fetal (su hijo pesó al nacer 4.420 gr) debió haberse informado a la paciente de los riesgos de sufrir una posible distocia de hombros y una posible parálisis braquial, y la posibilidad de practicar una cesárea así como los riesgos de esta, dándole la posibilidad a la paciente de optar por una vía u otra». Vid. SSTSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 332/2017, de 17 de marzo, rec.127/2016 o 1312/2016, de 30 de septiembre, rec.71/2015. Vid. también STS de 20 de noviembre de 2012, recurso 5637/2011.

(92) Rec.467/2020.

Sin embargo, no se conculca el deber de información de la gestante si las complicaciones, no previsibles, se producen una vez iniciado el parto o cuando se trata de proseguir un parto ya iniciado (93). Tampoco se exige consentimiento informado para el parto instrumental (fórceps, ventosa, etcétera) porque se decide, de forma urgente, en el momento, sin perjuicio de que sea aconsejable mantener informada verbalmente a la paciente (94).

Resulta más controvertida la necesidad de consentimiento informado para la inducción del parto. Alguna sentencia considera suficiente la información verbal cuando consta que se le comunicó a la parturienta la conveniencia de finalización de la gestación mediante la inducción, explicando a la gestante las razones de la decisión (95). En cambio, otros pronunciamientos exigen que conste también el correspondiente consentimiento escrito firmado por la paciente, siempre que haya resultado algún daño derivado de la misma (96).

Tradicionalmente, la doctrina contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha proclamado que la futura madre no está facultada para elegir la

(93) STS de 20 de noviembre de 2012, rec.5637/2011: «No existían sospechas de feto macrosómico ni tampoco de las vueltas de cordón sobre el cuello del feto hasta que se produjo ya el desarrollo del parto»; STSJ de Madrid 428/2023, de 18 de mayo, rec.968/2021: «En las circunstancias en que estaba la gestante resultaba ilógico recabar el consentimiento informado, ya que se trataba de proseguir con el proceso de parto ya iniciado, en cuya gestación necesariamente había sido atendida e informada» o STSJ de Murcia 100/2019, de 22 de febrero, rec.369/2017: «La episiotomía se trata de una práctica que debe llevarse a cabo forma selectiva y en casos excepcionales según el criterio del médico que asista el parto. Por ello, conforme al art. 9.2.b) de la Ley 41/2002, la falta de una información previa escrita al paciente sobre la futura realización de una episiotomía no determina automáticamente un quebranto de la *lex artis ad hoc*».

(94) STSJ de Murcia 60/2023, de 10 de febrero, rec.296/2020: «durante el expulsivo, la mujer necesita una fuerza intensa más propulsiva para que el bebé pase por el canal del parto; es ahí cuando pueden ser necesarios fórceps o ventosas, en el tercer plano, y se decide “ad digitum”; no es necesario un consentimiento informado expreso para instrumentar el parto, sin embargo sí se va dando información verbal a la mujer durante el proceso del parto»; STSJ de Murcia 390/2022, de 21 de julio, rec.229/2019: «En esa situación de urgencia, ni tenía sentido plantearle a la madre la elección entre cesárea y parto instrumental, ni parece que fuera preciso firmar un consentimiento informado sobre los riesgos concretos del parto instrumental» o STSJ de Murcia 221/2015, de 20 de marzo, rec.1242/2010 : «La realización de la ventosa al ser una práctica de urgencia no requiere contar con el consentimiento informado por escrito».

(95) STSJ de Navarra 464/2016, de 3 de noviembre, rec.271/2016.

(96) STSJ de Murcia 230/2021, de 21 de mayo, rec.157/2019: «En cuanto al consentimiento hay que poner de manifiesto que en el expediente administrativo aparece un consentimiento informado de anestesia epidural obstétrica; un consentimiento informado para ecografía de diagnóstico prenatal; un consentimiento de inducción al parto y un consentimiento informado para cesárea segmentaria urgente»; STSJ de Murcia 100/2019, de 22 de febrero, rec.369/2017: «En cuanto a la exigencia de consentimiento para “inducción al parto”. [...]. La falta de un documento informativo ad hoc firmado por la paciente y por escrito sobre el empleo de oxitocina no fue determinante de daño alguno».

cesárea como forma de terminación del parto, debiendo prevalecer el criterio médico. En consecuencia, se niega que exista un derecho subjetivo de la gestante a la cesárea.

Y ello porque, según el Alto Tribunal (97), la cesárea no puede configurarse como una alternativa al parto vaginal de libre decisión para la madre, ya que conlleva el riesgo propio de una intervención quirúrgica invasiva. Es el profesional médico el que ha de observar si concurren los presupuestos que determinan la ejecución de una cesárea. No existe un derecho subjetivo de la futura madre a la práctica de la cesárea, sino que la misma requiere el cumplimiento de una serie de requerimientos médicos y, lo más importante, una ponderación médica de la situación que permita apreciarla como más beneficiosa que el parto vaginal.

Así, conforme a la STSJ de Madrid 506/2023, de 9 de junio (98): «según las Recomendaciones sobre asistencia al parto de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), la seguridad y la salud de la madre y del feto son responsabilidad de los profesionales sanitarios a partir del ingreso hospitalario, y deben prevalecer sobre los deseos de aquélla, máxime cuando el parto se ha medicalizado a partir de la anestesia epidural, ya que implica actuaciones necesarias para atajar los efectos no deseados de la anestesia sobre la evolución del parto».

Pese a esta pacífica doctrina, algunas sentencias se apartan de la misma, como la SJCA de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de febrero de 2023 (99), en relación con un embarazo gemelar finalizado por vía vaginal, con daño cerebral del segundo gemelo. El Juzgado impone una condena de un millón de euros al Servicio Canario de Salud porque no se informó a la madre sobre la posibilidad del parto por cesárea, a pesar del transcurso de las horas y la imposibilidad de culminar el parto natural. El fallo alude a una imposición del criterio médico, desdeñando la capacidad de autodeterminación de la madre, que puede ser calificado de «violencia obstétrica».

(97) SSTS de 20 de noviembre de 2012, rec.5637/2011; 21 de diciembre de 2012, rec.4229/2011.

(98) Rec. 993/2021. Conforme a la STS (Sala Civil) 403/2013, de 18 de junio, rec.368/2011: «El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente. Esta alternativa se plantea en los casos de partos que culminan el embarazo: el vaginal y la cesárea, y en ambos la diligencia del buen médico comporta no sólo la elección adecuada, sino el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica».

(99) Rec.233/2021. El Juzgado considera que la cuantificación de la indemnización se debe fijar en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente, de haber conocido el riesgo, no se hubiera sometido al tratamiento, el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad del proceso patológico, las alteraciones terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica y su carácter preferente o no.

Igualmente, la STSJ de Valencia 574/2023, de 29 de junio (100), señala que la infracción de la *lex artis* en su vertiente de consentimiento informado tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir libremente y con la información adecuada sobre el desarrollo del parto, posibles complicaciones y medidas para su resolución, lo que se traduce en una lesión de carácter moral, al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la *lex artis* en la realización del acto médico.

En cambio, la STC 11/2023, de 23 de febrero (101), respalda la actuación de los facultativos en relación con una mujer embarazada de 42+3 semanas que, habiendo manifestado su voluntad de llevar a término su gestación en su domicilio mediante parto natural asistida por matronas, fue obligada por autorización judicial a ingresar en el hospital público para la inducción al parto, en atención a los graves riesgos derivados para la vida del feto. El Tribunal Constitucional desestima la demanda porque «la actuación médica, además de consentida, fue adecuada a las circunstancias planteadas teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar la vida de la gestante y del nasciturus, necesidad ante la que debe necesariamente ceder el derecho de la gestante de decidir acerca del lugar y el modo en que quería dar a luz». Asimismo, aprecia inexistencia de violencia obstétrica: «Ningún dato permite establecer que la recurrente fue objeto de un trato peyorativo y humillante, por parte de los facultativos que le atendieron y realizaron las intervenciones médicas precisas, previo su consentimiento informado».

B) Riesgos infrecuentes, extraordinarios o atípicos

El contenido mínimo de la información comprende «la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias» (art. 4.1 LAP). No obstante, cuando la información deba facilitarse por escrito su contenido ha de ser más amplio, debiendo incluir todos los extremos que se indican en el art. 10.1 LAP (102):

- a) *Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*
- b) *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.* Son los denominados «riesgos personalizados o profesio-

(100) Rec.467/2020.

(101) Rec. amparo 899/2021. Contiene cuatro Votos particulares. *Vid.* comentario de LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente (2023): *Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario*, en *Revista Derecho y Salud*, vol.33, pp. 99-100.

(102) *Vid.* SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2022: p. 153); GALLARDO CASTILLO, MºJesús (2021: pp. 167-177); VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 50-56); RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012: p. 121) o GALLARDO CASTILLO, Mº Jesús (2009: pp. 114-124).

nalizados» (verbigracia: antecedentes, patologías previas, alergias, patologías concomitantes, etcétera, que pueden influir o dificultar a práctica médica o su evolución) (103).

La STSJ de Castilla y León 538/2021, de 12 de mayo (104), destaca que el consentimiento informado debe ser personalizado, es decir, debe recoger cualquier circunstancia específica que aumente el riesgo.

Por su parte, la STSJ de Madrid 244/2024, de 18 de marzo (105) advierte que no basta con la firma de un documento de consentimiento informado. Se debe analizar la fecha de la información y exhibición; si se ha informado de los riesgos personalizados y de las alternativas técnicas, entre otros aspectos. Es preciso matizar que la dificultad de la intervención no se puede identificar necesariamente con mayor número de complicaciones y que no se puede informar de los riesgos no identificables hasta el momento de la intervención (106).

c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.* Son los denominados «riesgos típicos, frecuentes, normales o estadísticos», posibles, aunque se observe escrupulosamente la *lex artis*, sin que sea preciso que se indique su causa (107). El alcance de la información

(103) STSJ de Madrid 763/2023, de 29 de septiembre, PO 166/2022: falta de información a la paciente de sus riesgos personalizados (artritis reumatoide, fibromialgia, tabaquismo, osteopenia); STSJ de Castilla y León, sede Burgos, 11/2017, de 27 de enero, rec.206/2015: «la normativa exige del facultativo que proporcione la citada información personalizada, adaptada a los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente»; STSJ de Asturias 537/2012, de 10 de mayo, rec.486/2010: «desde el momento en que el historial médico previo constaba que era portadora de una "córnea guttata", la doctora que la operó debió [...] darle una información específica de las complicaciones que ello podía conllevar»; STS de 7 de marzo de 2011, rec.5028/2006: «[...] a los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica se añadía un riesgo específico y personalizado por la concurrencia de una hipertrofia del plexo venoso perineural».

(104) Rec.546/2018: «en la medida en que esa calcificación es un elemento que hace aumentar las posibilidades de fallecimiento durante la intervención de sustitución de la válvula mitral, debió ser objeto de información específica y personal para la paciente y, por lo tanto, el consentimiento informado debió incluir este dato».

(105) Rec.234/2022.

(106) STSJ de Murcia 107/2023, de 1 de marzo, rec.554/2021: «La dificultad para el cirujano no significa mayor riesgo de complicaciones, en este caso ello dependía de las adherencias que tuviera la paciente [...] extremos que no podían conocerse exactamente hasta la realización de la intervención».

(107) STSJ de Asturias 1066/2021, de 15 de noviembre, rec.38/2020: «A este respecto, hay que advertir que lo sustancial es informar de los riesgos patológicos y no de la causa mecánica de los mismos»; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 88/2022, de 26 de enero, rec.1289/2019: «basta con la descripción de los riesgos y no todas las posibles causas de los mismos que, pudiendo ser múltiples, haría de muy difícil realización la formula-

incluye las opciones, sus resultados, riesgos y complicaciones previsibles y probables (108).

A contrario sensu, la Audiencia Nacional (109) no aprecia que el consentimiento informado adolezca de insuficiencia al no recoger como posible riesgo de la cirugía la algodistrofia porque: «no se trata de una dolencia típica e inherente a la cirugía».

d) *Las contraindicaciones.*

Por tanto, el paciente debe ser informado de las consecuencias relevantes, riesgos personales y probables y las contraindicaciones. No obstante, la información no puede ser excesiva e ilimitada, so pena de producir un efecto disuasorio del paciente ante el tratamiento o intervención e impedir actuaciones médicas que beneficien al enfermo (110).

De conformidad con el art. 10.1 de la Ley 41/2002, el deber de información no es obligatorio que comprenda los *riesgos extraordinarios, atípicos, no normales o infrecuentes*. Cuando el riesgo sea atípico, es decir, posible o previsible, pero infrecuente o anómalo —de los que no se producen habitualmente en la actuación médica—, no hay obligación de incluirlo entre los riesgos que deben ser informados. La rareza de su presentación determina que, en ocasiones, no se plasmen en los documentos de consentimiento informado.

Igualmente, conforme a la doctrina constante de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo (111): «el deber de información no comprende

ción del consentimiento en términos excesivamente amplios»; STSJ de Asturias de 29 de junio de 2018, rec.529/2017: «lo que es decisivo para tomar la decisión no es tanto “cómo” se producen los riesgos sino “qué” riesgos pueden producirse».

(108) Riesgos típicos: STSJ de Murcia 370/2020, de 2 de octubre; rec.49/2018: «una perforación intestinal, [...] constituye uno de los riesgos inherentes a la colonoscopia»; STSJ de Murcia 257/2021, de 28 de mayo, rec.173/2018: «La fistula es un riesgo típico de la intervención [cesárea]» o STSJ de Castilla y León, sede Valladolid 1009/2019, de 16 de julio, rec.344/2017: «la perforación vesical en una intervención para efectuar una RTU de próstata es una complicación posible que está contemplada en la literatura científica y dentro de los riesgos contemplados en el documento de consentimiento informado».

(109) SAN de 13 de febrero de 2023, rec.399/2020.

(110) STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2015, rec.1602/2012: «la información exigible no puede llegar a convertirse en una descripción de los acontecimientos que después van a suceder en cada caso concreto, puesto que la evolución del cuerpo y de las enfermedades siguen pautas complejas y no totalmente previsibles, [...] sin que sea posible saber con antelación qué complicaciones van a surgir después y con qué gravedad. Lo que es exigible es que se describa el riesgo en términos suficientemente precisos para su identificación». Vid. REYNA REILLO, Esperanza (2017: p. 127).

(111) SSTS de 9 de octubre de 2012, rec.6878/2010 o de 5 de junio de 2012, rec.2838/2010. Vid. ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021: p. 508); GRAU GRAU, Ignacio (2017: pp. 285-292) o GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013: p. 168).

la información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, como son los riesgos no normales», no previstos en la literatura médica o que se basan en las características propias y específicas del individuo.

En relación con los riesgos «atípicos o infrecuentes», el Tribunal Supremo (112) ha precisado que la información no necesariamente tiene que abarcar todos y cada uno de los riesgos ni todas y cada uno de los riesgos y alternativas posibles: «no cabe olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo».

Es menester, añade el Alto Tribunal, interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica, pudiendo provocar el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados: «Hemos dicho en multitud de ocasiones que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos existentes supone —por exceso— contravenir los principios de la norma».

En caso que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, matiza el Tribunal Supremo (113), no cabría incluirlo entre los riesgos que deben ser informados al paciente.

No resulta razonable consignar en el documento de consentimiento informado *in totum* todos los riesgos que pudieran derivarse de las intervenciones quirúrgicas, debiéndose consignar sólo las complicaciones de mayor frecuencia a modo de *numerus apertus* (114). Así se proclama expresamente por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en diversas sentencias de indudable interés (115).

A título de ejemplo, la STSJ de Andalucía, sede Granada, 254/2023, de 21 de septiembre (116), considera a la gangrena de Fournier como una

(112) SSTS 1084/2018, de 26 de junio, rec.191/2017; 19 de septiembre de 2012, rec.8/2010; 5 de diciembre de 2012, rec.3370/2011 o 7 de diciembre de 2011, rec.6613/2009. Vid. PELAYO GONZÁLEZ TORRE, Ángel (2009: pp. 98-100); *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares.

(113) STS 418/2018, de 15 de marzo, rec.1016/2016.

(114) STSJ de Madrid 889/2021, de 2 de noviembre, rec.1054/2019 y STSJ de Cataluña 3660/2023, de 10 de noviembre, rec.1010/2021.

(115) SSTSJ de Asturias 710/2023, de 28 de junio, rec.456/2020; 196/2017, de 20 de marzo, rec.106/2016 o 1066/2021, de 15 de noviembre, rec.38/2020.

(116) Rec.3128/2020.

«complicación muy grave y desgraciada, pero absolutamente excepcional» en una intervención de varices: «con la gráfica explicación sobre datos relativos a operaciones practicadas, prácticamente 5.000, con la única constancia de este exclusivo caso».

Asimismo, la STSJ de Madrid 10/2021, de 14 de enero (117), califica como «un riesgo atípico, raro, muy infrecuente y excepcional, de ínfima incidencia» las lesiones traqueales en una intubación, con una incidencia estimada de 0.005% o 1/20.000 intubaciones o del 0,04% en 48.000 casos de cirugía con anestesia general: «de conformidad a la Ley 41/2002, dicho riesgo no se tenía que informar por escrito, por lo que no podemos reprochar, en momento alguno, ausencia de información, ni vulneración de la autonomía de la voluntad de la paciente». O la STS de 24 de mayo de 2013 (118): «no es exigible información respecto a posibles complicaciones no habituales o raras cual es la fascitis necrotizante que se produce en un 0,4-0,5/100.000 personas».

Sin embargo, de nuevo, apreciamos una doctrina divergente de la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, y de algunas sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Para el primero, «el hecho de que se refiera que las complicaciones o los riesgos son posibles, pero no frecuentes, en nada empece a las afirmaciones[realizadas], pues lo relevante, no es el grado de probabilidad o la frecuencia del riesgo o complicación, sino que tales resultados son posibles o probables, en mayor o menor medida» (119).

La Sala Civil del Tribunal Supremo, en algunas sentencias, se distancia también de la doctrina expuesta al afirmar: «La información debe incluir los riesgos conocidos, con independencia de su frecuencia. Debe diferenciarse entre previsibilidad y probabilidad: la previsibilidad es evidente desde el momento en el que existe un porcentaje de riesgo de que ocurra, por tanto, dicho riesgo debe ser informado» (120).

Del mismo modo, la Sala Civil del Alto Tribunal (121) refutando la tesis invocada por el facultativo, indica: «la previsibilidad nada tiene que ver con la frecuencia del suceso» y «poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma».

(117) Rec.223/2018.

(118) Rec. 4350/2012.

(119) SSTSJ de Castilla y León, sede Burgos, 199/2019, de 4 de noviembre, rec.202/2018 y 61/2019, de 5 de abril, rec.139/2017.

(120) STS (Sala Civil) 667/2007, de 19 de junio, rec.2047/2000.

(121) STS (Sala Civil) 3/2021, de 12 de enero, rec.3688/1995.

De conformidad con dicha doctrina jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (122) aprecia insuficiente cumplimiento del deber de informar al paciente sobre el riesgo de padecer una mielitis derivada de la anestesia, pese a que aparece únicamente en un 0,01% de los casos.

Por último, conviene matizar que cuando se trate de un «riesgo indirecto» de la técnica o procedimiento médico propuesto sólo existe la obligación de informar cuando concurre una probabilidad apreciable de que el riesgo pueda materializarse (123).

C) Riesgos imprevisibles, según el estado de la ciencia

Cuando se trate de un *riesgo no conocido* por el estado de la ciencia como un posible riesgo derivado de una actuación médica no es exigible su constancia en el documento de consentimiento informado.

Nos hallaríamos ante un daño imprevisible, no indemnizable al carecer de antijuridicidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 34.1, segundo párrafo, de la Ley 40/2015: «No serán indemnizables los daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos» (124).

Es el supuesto previsto en la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 161/2020, de 7 de febrero (125). La Inspección médica ratifica que, en la bibliografía consultada, no se relaciona la cirugía ortognática con la luxación atlanto-axoidea. Por tanto, no es posible considerar esta afección como una complicación previsible, ni tan siquiera remota, dado que la intervención se practica, en todo momento, con fijación cérvico craneal que impide la movilización del cuello para la realización de las osteotomías sin movimiento craneal. La Sala enfatiza que «el consentimiento informado debe contener los riesgos conocidos de la intervención médica y evidentemente no puede ir más allá». Y concluye: «El hecho de no informar sobre la posibilidad de sufrir una lesión cervical es debido a que ni es conocido como un riesgo derivado de la intervención en la literatura médica ni, dadas las características específicas de este tipo de intervención, parece un riesgo posible derivado de la misma».

(122) SAP de Palma de Mallorca 418/2006, de 3 de octubre, rec.423/2006.

(123) STSJ de Asturias 1018/2017, de 11 de diciembre, rec.846/2015: «sin que resulte preciso agotar todos los riesgos remotos o incidencias secundarias que la demanda se esfuerza en enumerar para extender la necesidad de consentimiento». Vid también STSJ de Castilla-La Mancha 403/ 2016, de 10 de octubre, rec.289/2015.

(124) Vid. RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012: p. 128).

(125) Rec. 975/2018.

También podemos citar la STS de 30 de enero de 2012 (126) respecto a la ausencia de consentimiento informado en la administración de la vacuna VHB y en la prueba de contraste yodado. Se considera que no concurre falta de información con respecto a la vacuna porque estamos «ante una reacción “impredecible”, “idiosincrática”, a la que no puede extenderse el deber de información». La Sala alude a «riesgos no normales, que no formaban parte de la previsibilidad fundamentada en la literatura médica y que se basaban en las características propias y específicas del individuo». Con respecto a la prueba de contraste yodado, se concluye que «no existe base científica alguna que avale una reacción adversa a esta prueba»; «al no haber en la ciencia médica soporte alguno relativo a reacciones adversas no es posible poder informar respecto de lo desconocido a la ciencia médica».

D) Actuaciones médicas menores

López y García De La Serrana (127) recuerda que las pequeñas intervenciones o tratamientos que no entrañen un riesgo grave o que no sean demasiado invasivos no requerirán consentimiento informado escrito. La información verbal será perfectamente válida, siempre que se acredite mediante su constancia en la historia clínica o de cualquier otro modo. A título ilustrativo podemos citar, entre otros:

- Las inyecciones intramusculares: «tratándose de inyectables, basta el consentimiento verbal, y así se hizo, habiéndose acreditado por la Administración. Además, no está protocolizado el consentimiento informado en la técnica de inyectable. En ningún caso se negó a la administración intramuscular» (128).
- Una otoscopia: «la simpleza de una otoscopia y retirada de cerumen no precisa de un consentimiento informado prestado por escrito» (129).
- Una infiltración, sin perjuicio de pronunciamientos dispares: «Sin embargo, la intervención realizada [infiltración]no constituye una intervención quirúrgica y, por otra parte, el tratamiento con infiltraciones se practica en consulta de forma habitual y no precisa consentimiento informado» (130); «las infiltraciones realizadas no pueden considerarse procedimientos diagnósticos invasivos o prácticas médicas que impliquen riesgos o inconvenientes notorios

(126) Rec.5805/2010.

(127) LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (2022): *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. La valoración y cuantificación del daño*, Atelier.

(128) SJCA de Valladolid 92/2018, de 28 de mayo, rec.10/2018.

(129) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1165/2012, de 15 de junio, rec. 1666/2008.

(130) STSJ de Madrid 16/2015, de 23 de marzo, rec.799/2012.

y previsibles para la salud del usuario (según informe de la Inspección la infección intrarticular afecta a 1/5 caso por 100.000 infiltraciones» (131).

E) Ausencia de daño derivado de la actuación médica

No todo incumplimiento de las reglas del consentimiento comporta *per se* responsabilidad patrimonial de la Administración. Se requiere, como requisito *sine quanon*, que haya ocasionado un daño derivado de la asistencia sanitaria. Si la actuación médica ha sido satisfactoria, sin daño, la falta o deficiente consentimiento no es indemnizable (132).

Según la doctrina del Tribunal Supremo (133), el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin dicho consentimiento. El incumplimiento del deber de información deviene irrelevante y no otorga derecho a indemnización cuando el resultado dañoso no tiene su causa en el acto médico o en la asistencia sanitaria no informada (134).

La jurisprudencia ha evolucionado desde una postura que reputaba el defecto o la omisión del consentimiento informado como constitutivo, en sí mismo, de un daño moral grave, indemnizable en todo caso, hacia otra postura según la cual la mera falta o ausencia de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (135).

(131) STS de La Rioja 12/2021, de 22 de enero, rec.184/2019.

(132) STS de 20 de noviembre de 2012, rec.4598/2011: «*sin daño no hay responsabilidad alguna*». En relación con el daño, vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo (2023): *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch; CHAVES GARCÍA, José Ramón (2021): *Derecho Administrativo vivo. Una mirada original al laberinto de lo público*, Boch; CLEMENTE MEORO, Mario y COBAS COBIELLA, Mº. Elena (Dirs.) (2021): *Derecho de Daños*, Tomo I, Tirant lo Blanch, pp. 789-850; DE ALBA BASTARRECHEA, Esther (2020): *El daño causado por la Administración sanitaria. Criterios de valoración e indemnización*, Thomson Reuters; RIVERO YSERN, Enrique (2019): *El daño en el Derecho Administrativo*, Juruá.

(133) STS 1226/2020, de 30 de septiembre, rec.2432/2019.

(134) Así, STS 1226/2020, de 30 de septiembre, rec.2432/2019: «la falta de consentimiento constituye una mala *praxis ad hoc*, pero no da lugar a responsabilidad patrimonial *per se* si del acto médico no se deriva daño alguno».

(135) Vid. SSTS 140/2021, de 4 de febrero, rec.3935/2019 o 1226/2020, de 30 de septiembre, rec.2432/2019; STSJ de Andalucía, sede Granada, de 21 de septiembre de 2023, rec.3128/2020; STSJ de Murcia 749/2015, de 18 de septiembre, rec.675/2011: «en este caso, carece de relevancia alguna si se informó o no a la paciente o si la episiotomía se hizo o no con carácter rutinario pues no está acreditado que sea la causa de la lesión» o STSJ de La Rioja (Sala Contencioso-Administrativa) 80/2016, de 11 de febrero, rec.11/2015: «Y,

Desde el punto de vista probatorio es preciso acreditar, en primer lugar, que la asistencia sanitaria ha sido la causante del daño y, en segundo lugar, la presunción razonable de que, con la información adecuada, el paciente o las personas autorizadas no la hubieran consentido (136).

La doctrina (137), de forma generalizada, afirma que, si no se acredita por el paciente o reclamante la existencia de una lesión consecuencia de la actuación médica practicada, la falta de información no puede considerarse un daño indemnizable.

Cuando se indemniza un daño moral por defectuosa información se trata de un daño moral autónomo consistente en la vulneración del derecho del paciente a ser informado de los riesgos, complicaciones y alternativas de la actuación médica a fin de que adoptase la decisión que reputaba más conveniente. Nos hallamos ante una infracción de la *lex artis* con autonomía propia en cuanto se otorga un derecho de indemnización, no por las consecuencias derivadas del acto médico o quirúrgico, sino porque se desconoció un derecho irrenunciable del enfermo a decidir si quería asumir o no los riesgos inherentes a la actuación médica a la que iba a ser sometido (138).

Por ello, cuando se condena de la Administración sanitaria por la omisión o deficiencia del consentimiento informado lo que en realidad se indemniza, según la doctrina de los Tribunales Contencioso-Administrativos, es «*la pérdida de la oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido los riesgos antes de llevarse a efecto*». Y es que la relación de causalidad debe buscarse entre «*la omisión de la información y la posibilidad de haber rechazado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado*» y no entre la omisión de la información y el daño materializado tras su prá-

por otra parte, era la opción terapéutica , sin que se haya acreditado que la ingestión de los corticoides haya determinado un empeoramiento de su salud». En el ámbito civil, vid. también DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2003): «El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y daño», en *Revista de Derecho de Daños*, núm. 3, pp. 179-219 y ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2013: pp. 147-16).

(136) SJCA de Santander 26/2015, de 30 de enero, rec.101/2014.

(137) Vid. SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2022: pp. 162-165); GALLARDO CASTILLO, Mº. Jesús (2021: pp. 189-193); REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 214-216); GALLARDO CASTILLO, Mº Jesús (2009: pp. 95-137); GONZALEZ MORÁN, Luis (2008): «*La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?*», en ADROHER BIOSCA, Salomé; De MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dirs.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi.

(138) Vid. SSTS de 2 de octubre de 2012, rec.3925/2011 o de 15 de junio de 2011, rec.2556/2007. La STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 4 de octubre de 2022, rec.61/2021 aprecia daño moral porque no consta firmado por el recurrente el documento de consentimiento informado para la safenectomía, pero «no se indemniza el resultado dañoso derivado de la complicación posible de la intervención quirúrgica, dado que esta se realizó conforme a la *lex artis*, sino el daño moral que se ha ocasionado al recurrente, atendiendo a las circunstancias del caso».

tica (139). El Tribunal Supremo reconoce que la reparación económica de este daño moral o *preium doloris* comporta un inevitable subjetivismo, por lo que se debe ponderar su cuantía de modo estimativo, atendiendo a las circunstancias concurrentes (140).

V. MEDIOS PROBATORIOS ANTE LA AUSENCIA O DESCUIDOS DEL DOCUMENTO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

La circunstancia de que el documento de consentimiento informado no conste materialmente en el expediente administrativo, careciere de firma del paciente o adoleciere de insuficiencia informativa no genera automáticamente responsabilidad de la Administración sanitaria. Lo relevante es que la persona afectada por la actuación médica haya podido conocer sus riesgos para poder, en su caso, rechazarla o acceder a otras alternativas. Lo que debe valorarse es la cumplimentación material, real y efectiva del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora y adecuada para valorar las opciones disponibles (141).

Por ello, el TSJ de La Rioja (142) no aprecia incumplimiento de la obligación de información al paciente porque «el hecho de que no quedara constancia escrita de la información, no quiere decir que la misma no se le haya facilitado, y así se acredita la realidad de la misma *por otros medios*». El Tribunal Supremo reconoce esta posibilidad (143) cuando acuerda indemnizar la falta de documento de consentimiento informado escrito porque «la parte demandada no ha realizado esfuerzo probatorio alguno que justifique que, a pesar de la inexistencia del documento de consentimiento informado, el mismo fue proporcionado al paciente».

El hecho de que se haya producido o no una información adecuada es un dato puramente fáctico y, por tanto, exige su acreditación sobre la base de los elementos probatorios que aporten las partes. En consecuencia, debe valorarse, a tenor de las pruebas practicadas y los datos obrantes en autos,

(139) Vid. STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 11/2024, de 15 de enero, rec.1334/2021 o STSJ de Madrid 676/2013, de 24 de septiembre, rec.901/2010.

(140) Vid. SSTS 140/2021, 4 de febrero, rec.3935/2019 664/2018, de 24 de abril, rec.33/2016; STSJ de Madrid 763/2023, de 29 de septiembre, PO 166/2022; SJCA; SJCA de Las Palmas de Gran Canaria de 22 de febrero de 2023, rec.233/2021; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 403/2022, de 29 de marzo, rec.547/2020, entre otras. En el ámbito civil, vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2013: pp. 147-161).

(141) STSJ de Castilla y León (Sala Contencioso-Administrativa), sede Valladolid, 52/2021, de 21 de enero, rec.402/2018.

(142) STSJ de La Rioja 80/2016, de 11 de febrero, rec.11/2015.

(143) STS de 4 de junio de 2013, rec.2187/2010.

si el paciente o su representante fue informado de la actuación sanitaria a realizar, sus posibles riesgos y alternativas (144). Veamos los diferentes medios probatorios:

1. Las anotaciones en la historia clínica

En opinión de Vicandi Martínez, restringir la prueba de la información suministrada a los documentos de consentimiento informado contradeciría la esencia de la Ley 41/2002. Alternativas como su constancia en la historia clínica sigue la línea marcada por la normativa vigente (art. 4.1 LBAP). Por tanto, aun no existiendo forma escrita, la acreditación de la información puede realizarse gracias a otros medios probatorios, como la historia clínica (145).

Idéntico parecer sostiene Gallardo Castillo (146) cuando afirma que la libertad de forma que se predica para suministrar la información no empece la necesidad de que, de no hacerlo en forma escrita, quede constancia tanto de la información dada como del consentimiento emitido en la historia clínica del paciente y en el resto de la documentación hospitalaria que le afecte.

En efecto, es muy habitual, señala Guerrero Zaplana (147), que se haya facilitado información de forma verbal y haya que acudir a la historia clínica para entender prestado el consentimiento. De ahí la importancia de la correcta cumplimentación de la historia clínica para valorar la suficiencia de la información.

El Tribunal Supremo (148) indica los requisitos que han de cumplir las anotaciones en la historia clínica para que gocen de pleno valor probatorio de la información suministrada. Así, la información no puede deducirse exclusivamente de una intervención anterior y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente, evidenciando que éste ha comprendido y asumido no sólo la realización de la intervención, sino también las diversas posibilidades, riesgos y alternativas.

(144) Vid. SSTSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 538/2021, de 12 de mayo, rec.546/2018 y 934/2019, de 28 de junio, rec.299/2018 o STS de 2 de octubre de 2012, rec.3925/2011.

(145) VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 60-61). Art. 4.1 LBAP: «*La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*».

(146) GALLARDO CASTILLO, Mª Jesús (2009: pp. 123-124).

(147) GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: pp. 166 y 172).

(148) STS de 3 de abril de 2012, rec.1464/2011.

Fiel a dicha doctrina, la STSJ de Valencia 488/2018, de 7 de noviembre (149), considera que las anotaciones en la historia clínica acreditan suficientemente la información prestada, ya que el médico escribe: «Se ha programado la cirugía para el próximo lunes. Le explico a la paciente las peculiaridades técnicas de la intervención, así como sus posibles complicaciones y riesgos. La paciente la entiende, comprende y acepta». La Sala concluye que, aun cuando el consentimiento que firmó la paciente no estuviera cumplimentado, no existió falta de consentimiento.

En la misma línea, en opinión de la STSJ Castilla y León, sede Valladolid, 1170/2021, de 4 de noviembre (150), la recurrente firmó la solicitud de ingreso/intervención quirúrgica, donde se puede observar un apartado en el que acepta la realización de la intervención quirúrgica, así como sus riesgos y complicaciones. Además, en la historia clínica se anotó «CI firmados».

En cambio, la firma por el paciente de la simple hoja de registro de entrada en demanda quirúrgica no cumple los requisitos genuinos del consentimiento informado, suficiente para suplir su extravío o deficiencia, máxime cuando la única mención al mismo consta en un informe realizado por el cirujano tras la reclamación, no ratificado en vía judicial, sin que conste ninguna anotación en la historia clínica (151).

2. Consentimiento informado presuntivo o tácito

Cuando formalmente no existe un documento de consentimiento informado se puede deducir que el paciente ha recibido la información adecuada de la valoración conjunta de los indicios obrantes en las actuaciones. La prueba de presunciones está integrada por diferentes circunstancias que pueden llevar al Tribunal al convencimiento psicológico, vía *presuntiva* o *deductiva*, de que la información se prestó y fue suficiente (152).

A) Valoración conjunta de los indicios existentes

Constituye un claro ejemplo la STSJ 52/2021, de 21 de enero, de Castilla y León, sede Valladolid (153). La Sala deduce el conocimiento por la paciente

(149) Rec.70/2016.

(150) Rec.283/2019.

(151) STSJ de Castilla y León 1362/2012, de 13 de julio, PO 2742/2008.

(152) Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2011): «Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, núm.1, pp. 75-84.

(153) Rec.402/2018.

de la intervención y sus riesgos del hecho de que se encontrara en planta durante siete días esperando la intervención, con visitas médicas diarias; la existencia de un informe prequirúrgico; un consentimiento informado respecto a la anestesia, que obviamente es un medido imprescindible para la intervención, y, en fin, del hecho de que la reducción de la lesión exigía ineludiblemente la práctica de la intervención realizada. «Todo ello en conjunto permite entender que existía información sobre la intervención a practicar y sus consecuencias, sin que pueda entenderse que la falta de consentimiento formal tuviera incidencia alguna en las consecuencias ulteriores de la intervención».

Este criterio se acoge también por la STS de 6 de febrero de 2007 (154). Pese a la ausencia de consentimiento informado escrito, considera que se trata de una omisión estrictamente formal, «pues el examen de las actuaciones practicadas, valoradas y ponderadas conforme al sentido común jurídico, nos llevan a distinta conclusión». Además de constar en el expediente administrativo un documento genérico de consentimiento para la aplicación de tratamiento médico o quirúrgico y para administrar anestesia, resultan determinantes para la Sala las anotaciones manuscritas que constan en la hoja de evolución de la paciente explicando a la madre su deterioro, la conveniencia de la intervención y los riesgos graves que conlleva.

Concluye la Sala: «No supone este discurso, sin embargo, conceder carta blanca a la Administración sanitaria acerca de la emisión del mencionado documento [...]: el consentimiento previo debe ser por escrito. La omisión de este requisito no supone, sin embargo, que única y exclusivamente de esta falta de constancia en los indicados términos deba derivarse responsabilidad, cuando las actuaciones practicadas llevan a la Sala al convencimiento psicológico preciso para considerar que la interesada fue informada».

También la STSJ de Castilla y León, sede Burgos (155), 38/2020, de 6 de marzo, infiere la existencia de consentimiento informado, pese a su extravío, porque obra en los autos penales una declaración expresa de la denunciante reconociendo la firma del consentimiento, aun cuando este formulario no haya sido encontrado en el hospital. Además, la especialista que realizó la colonoscopia manifestó que, antes de iniciar la misma, se le vuelve a preguntar si está lista para su realización, ya que se trata de una prueba que exige una previa preparación de la paciente.

No obstante, el TSJ de Andalucía (156) matiza: «el hecho de seguir los consejos necesarios para el buen fin de una prueba diagnóstica no permite presumir que el paciente hubiese recibido una información con el grado de

(154) Rec.8389/2002.

(155) Rec.16/2019.

(156) STSJ de Andalucía 644/2012, de 11 de mayo, rec.415/2010.

detalle exigido por el art. 10 de la Ley 41/2002». Porque una cosa es que el paciente sea informado y ponga en práctica las recomendaciones para realizar la colonoscopia, y otra muy distinta inferir de esta circunstancia que recibió información relativa a los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, y los riesgos probables en condiciones normales. Y consentir someterse a la colonoscopia no equivale a someterse a la misma debidamente informado».

A propósito de un paciente a quien se entregó un consentimiento para gastroscopia donde figuraba el riesgo de perforación, en lugar del correspondiente a la colonoscopia realizada, la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 934/2019, de 28 de junio (157), considera acreditado que el actor fue informado de los riesgos de la colonoscopia porque así resulta del consentimiento que le entregó el Médico de Atención Primaria, del testimonio del Doctor que practicó la colonoscopia y del propio consentimiento para gastroscopia obrante en el expediente donde se recoge dicho riesgo.

Asimismo, en opinión de la Audiencia Nacional (158), hay base suficiente para presumir que se recabó el consentimiento del paciente, al margen de cómo se formalizase, porque la alternativa a la técnica empleada era mucho más traumática y cruenta, pues habría consistido en una craneotomía y abordaje directo. Además, no hay evidencia de una intención anterior y contrastable de que el interesado hubiera rechazado el tratamiento prestado, hubiese optado por otro diferente o hubiese acudido a distinto facultativo.

B) El «paciente veterano»

En ocasiones, el hecho de tratarse de un paciente sometido a procesos asistenciales prolongados permite al Tribunal deducir una adecuada información.

Así, en relación con la falta de detección ecográfica de malformaciones de un recién nacido en un parto gemelar, el Tribunal Supremo (159) comparte el parecer del TSJ de Asturias conforme al cual la ausencia de un documento escrito del amniodrenaje no impide apreciar que existió información verbal suficiente.

La Sala lo deduce de los informes obrantes en las actuaciones; fundamentalmente *del número de visitas y ecografías, así como de los ingresos urgentes y técnicas invasivas practicadas*. Todo ello lleva a la Sala a colegir que la paciente conocía la gravedad de su estado gestacional, pues el número de visitas pre-

(157) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 934/2019, de 28 de junio, rec.299/2018.

(158) SAN de 20 de septiembre de 2000, rec.1434/1998.

(159) STS de 18 de junio de 2012, rec.4113/2010. Confirma la STSJ de Asturias de 30 de abril de 2010, rec.1619/2005.

natales y ecografías prenatales se seguimiento realizadas permiten deducir razonablemente que «existió una relación fluida y de entendimiento entre la paciente y el personal médico que siguió su embarazo». En consecuencia, es lógico deducir de los acontecimientos clínicos, incluyendo ingresos urgentes y técnicas invasivas no habituales en una gestación normal, que la paciente fue consciente y estuvo informada de la gravedad de su situación gestacional.

En parecidos términos, el TS (160) deduce una correcta información del informe que emite el facultativo «sobre el largo proceso en el que, con interrupciones, trató al recurrente, en el que explica pormenorizadamente cuál era la relación con el enfermo y el trato que mantenían y el contacto que existía entre médico y enfermo. De ese informe se deduce que el recurrente conocía cuanto se refiere al curso de sus padecimientos y estaba informado suficientemente de los tratamientos que recibía y el porqué de los mismos».

Igualmente, el TSJ de Castilla y León (161) infiere la prestación del consentimiento del simple sometimiento de la actora a la técnica, «al margen de tratarse de una paciente de un dilatado historial de asistencias por el servicio de otorrinolaringología con actuaciones similares».

C) El «paciente recomendado»

Con esta expresión pretendo identificar aquellos supuestos en los que la búsqueda por el paciente y/o su familia *ex profeso* de un facultativo para realizar la intervención, en virtud de una previa recomendación, constituye un dato adicional a considerar por la Sala para deducir una correcta información.

En este sentido, la falta de firma por el paciente del consentimiento obrante en las actuaciones no impide que el TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, (162) considere que sí fue prestado, no sólo porque lo afirme el doctor informante, sino porque consta una entrevista entre dicho doctor con la paciente y sus familiares, en presencia de otra doctora, quien así lo atestigua. En su argumentación deductiva, el hecho de prestarse el consentimiento por un Médico buscado *ex profeso* por la familia para realizar la intervención, en virtud de una recomendación previa, y las propias manifestaciones de todos los asistentes llevan a la Sala a la convicción de la existencia de consentimiento informado.

(160) STS de 9 de octubre de 2012, rec.40/2012.

(161) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1165/2012, de 15 de junio, rec.1666/2008.

(162) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1103/2012, de 8 de junio, rec.1310/2008.

D) La relación de confianza médico-paciente

En otras ocasiones, cuando se discute la suficiencia del consentimiento informado incorporado al expediente administrativo (ausencia de riesgos o alternativas, etcétera), la relación de confianza médico-paciente ha permitido a los Tribunales deducir que la información facilitada fue adecuada.

Así, la STSJ Castilla y León, sede Valladolid 421/2019 (163), de 21 de marzo, considera que el consentimiento escrito debe completarse con el informe del facultativo que practicó la artroscopia. En el mismo, el médico explica la relación que tuvo con la paciente «a la que se le comunicó verbalmente todas las consecuencias derivadas de la artroscopia, llegando ésta a través de una carta, que une el facultativo a su escrito, a felicitarle por su actuación». Asimismo, en su declaración, el médico insistió en la existencia de continuas visitas a la paciente, lo que podría entenderse que excede al ámbito de sus obligaciones profesionales, y «lleva a considerar que existía una amplia relación de confianza médico-paciente». Por ello, la Sala no aprecia una deficiente asistencia sanitaria, ni en lo relativo a la prestación del consentimiento informado, ni en la *praxis* médica observada.

E) Quien informa de lo más, informa de lo menos

La Administración deberá acreditar que las explicaciones facilitadas fueron amplias y comprensibles para el paciente, específicas para la asistencia sanitaria proyectada, con inclusión de los riesgos más frecuentes, alternativas de tratamiento y, en su caso, los riesgos personalizados. Sin embargo, no es preciso que se informe al paciente de todas las posibles complicaciones si se incluye la más grave de ellas.

Así lo proclama la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1223/2023, de 28 de noviembre (164). Considera que la información contenida en el consentimiento informado, propuesto por la Asociación Española de Cirujanos, contempla la muerte entre las complicaciones de una cirugía abierta de una eventración, siendo la cirugía la única opción terapéutica para su corrección. Y añade: «El que no se incluyeran en el consentimiento las 17 complicaciones que en este tipo de operación pueden producirse, que detalla el Inspector médico, carece de relevancia toda vez que se incluye en el consentimiento informado firmado por la paciente la más grave de las mismas, la muerte, que es la que tuvo lugar».

El TSJ de Madrid (165) también declara que, si bien es cierto que en el consentimiento no se hace referencia a la producción de una eventual plexopa-

(163) Rec.196/2018.

(164) Rec.629/2022.

(165) STSJ de Madrid 190/2014, de 11 de marzo, rec.580/2011.

tía como consecuencia de la práctica quirúrgica, no es menos cierto que «dicha complicación es de mucha menor gravedad que el resto de las complicaciones descritas en el documento de consentimiento informado».

3. Informe y testifical-pericial del facultativo informante

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) contempla en el art. 370.4 la figura del testigo-perito (166): «Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio». En estos supuestos, perfectamente identificables con la declaración testifical del profesional de la medicina, el Tribunal admitirá las manifestaciones que, en virtud de dichos conocimientos, agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos.

Si bien es cierto que la Ley 41/2002 exige que, en determinados supuestos, el consentimiento informado conste por escrito, la falta de la forma escrita no determina por sí sola la invalidez de la información verbal. Incumbirá a la Administración, por inversión en la carga de la prueba, acreditar que se ha informado correctamente de forma oral, incluyendo tanto los riesgos inherentes a la intervención como los posibles tratamientos alternativos. En atención al criterio antiformalista de la jurisprudencia, lo que realmente se valora es la recepción de la información previa a la obtención del consentimiento. La Administración deberá acreditar, bien por vía de informe y/o por vía testifical-pericial, que se ha informado correcta y cumplidamente (167).

A su vez, los Tribunales destacan con énfasis la importancia de los formularios específicos y personalizados, pues sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que cumpla su finalidad (168). Sin embargo, la firma de un documento de consentimiento informado genérico —en ocasiones, el protocolizado en el correspondiente centro hospitalario—, sin acreditarse por escrito un conocimiento preciso de los riesgos potenciales, no implica

(166) Vid. GRAU GRAU, Ignacio (2017: pp. 318-319). En relación con la celebración de la prueba testifical, vid. CHAVES GARCÍA, José Ramón (2021): *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Amarante, pp. 369-372.

(167) GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a: p. 166).

(168) STSJ de Castilla y León, sede Burgos, 105/2019, de 10 de mayo, rec.159/2017: «En este caso existe dicha información específica, no sólo porque se especifican en el apartado 5 del consentimiento informado del servicio de Traumatología las complicaciones de la intervención quirúrgica para el recambio de prótesis, conteniendo hasta 12 supuestos, entre lo que se incluye en el apartado c) la lesión o afectación del tronco nervioso, que podría ocasionar trastornos sensitivos o motores [...] dicho apartado comprendía la lesión del nervio crural que aquí se había producido».

necesariamente una presunción de desconocimiento de dichos riesgos. Existirá sólo una deficiente información que puede suplirse oralmente (169).

Con carácter general, el Tribunal Supremo (170) admite la prueba testifical-pericial del facultativo para la acreditación de la existencia del consentimiento informado de naturaleza verbal, pero con dos condicionantes: que no existan declaraciones testificales contradictorias y que aquella declaración sea corroborada por otras pruebas que permitan al juzgador alcanzar el «convencimiento psicológico» de que el paciente fue informado, aunque sea verbalmente.

Es el supuesto contemplado por el Tribunal Supremo (171) cuando señala que: «en la testifical practicada declaran aquellos testigos más el doctor [...] manifiesta que se informó a la familia de los riesgos, se firmó el consentimiento, se extravió. Además, los enfermeros que depusieron declaran que vieron al doctor hablar con la familia».

Precisamente, por no resultar corroborada la declaración del facultativo con otras pruebas, algunas sentencias consideran que se vulneró el derecho de información del paciente, ya que la única prueba es la declaración vaga e imprecisa del médico interviniente. Imprecisa porque no recordaba la fecha exacta de la intervención ni de las actuaciones previas ni explicó exactamente el contenido de la información facilitada. Vaga porque no se acompañó de datos escritos sobre esa supuesta información verbal (172).

No obstante, en ocasiones, las circunstancias que han rodeado la declaración del facultativo han determinado la plena convicción de la Sala sobre la información prestada. La STSJ de Andalucía, sede Sevilla (173), 1118/2021, de 31 de mayo, analiza la práctica de una colonoscopia, prueba claramente invasiva, sin documento escrito firmado por el fallecido. En su declaración testifical, el facultativo responsable del tratamiento del paciente afirmó haberle informado oralmente de las complicaciones de la colonoscopia en la consulta donde adoptó la decisión de prescribirla. La Sala señala que *el testimonio es una prueba útil si se inserta en un proceso lógico de deducción judicial*, concluyendo que, por su contenido, la declaración del Doctor ha generado en

(169) Vid. STSJ de Cantabria 151/2009, de 2 de marzo, rec.169/2007. Vid. BAUZÁ MARTORELL, Felio José: (2019): «Responsabilidad patrimonial sanitaria. Autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», en *Revista Derecho y Salud*, 29, Extra.1, pp. 147-155. Considera que el consentimiento informado no puede simplificarse a la presentación de un mero formulario tipo ante una intervención quirúrgica, sino que debe ser específico para la intervención a que el paciente se somete.

(170) STS de 9 de marzo de 2005, rec.2562/2001.

(171) STS de 26 de noviembre de 2004, rec.280/2001.

(172) SJCA de Santander 26/2015, de 30 de enero, rec.101/2014.

(173) Rec.343/2019.

el Tribunal la convicción de que su comunicación con el paciente transcurrió como expuso el facultativo.

En relación con el valor probatorio del Informe emitido *a posteriori* por el facultativo interviniendo afirmando haber informado al paciente existen pronunciamientos divergentes. El TSJ de La Rioja (174) no aprecia incumplimiento de la obligación de información al paciente porque consta en el informe del facultativo: «el paciente aceptó comenzar el tratamiento clásico con corticoides a dosis decrecientes».

En cambio, para el TSJ del País Vasco (175) resulta insuficiente, a efectos probatorios, el informe del facultativo confeccionado con posterioridad a la práctica de la intervención quirúrgica, pues únicamente redunda en una supuesta información suministrada verbalmente al paciente, sin justificar la razón de que no se recabara el consentimiento informado por escrito.

En otras ocasiones, las pruebas testificales permiten al juzgador excluir una situación de riesgo grave e inminente para el paciente, exonerativa del deber de informar. Y ello porque, a tenor de las circunstancias puestas de manifiesto por las testificales practicadas, se tuvo tiempo y oportunidad de recabar el consentimiento escrito del paciente conforme a las exigencias legales vigentes (176).

4. La importancia del Informe y declaración del Jefe del Servicio

Son numerosos los fallos en los que se otorga especial valor probatorio al Informe del Jefe del Servicio y a su declaración como un elemento *adicional* en orden a reforzar la existencia de una correcta información.

Según el Tribunal Supremo (177): «del propio documento suscrito autorizando y consintiendo la intervención se deduce la existencia de una información verbal previa [...] a lo que se une el informe del Jefe del Servicio de Neurocirugía, en el que se indica que se comunicó a la enferma y sus familiares la gravedad de la situación y posibles complicaciones».

Conforme al TSJ de Castilla y León: «hay que añadir el reconocimiento explícito que el Jefe del Servicio de Cirugía Torácica ha hecho de la existencia de la información oral a la familia» (178). Asimismo, la Audiencia Nacional afirma: «el Jefe del Servicio alega que hubo información oral; expone las

(174) STSJ de La Rioja 80/2016, de 11 de febrero, rec.11/2015.

(175) STSJ del País Vasco 715/2014, de 17 de diciembre, rec.75/2014.

(176) STSJ de Cataluña 1016/2001, de 1 de octubre, rec.148/1996.

(177) STS de 29 de junio de 2010, rec.7387/2005.

(178) STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1049/2011, de 6 de mayo, rec.2108/2006.

dificultades para el consentimiento por escrito por el modo de organizarse el trabajo entre el médico clínico y el radiólogo, de ahí que se supla con la información oral» (179).

Sin embargo, tratándose de los supuestos previstos en el art. 8.2 LBAP, necesitados de constancia escrita, el TSJ de Castilla-La Mancha (180) considera que, la declaración testifical de la Jefa del Servicio de ginecología en torno a la existencia de explicaciones verbales resulta insuficiente, por cuanto, además de prestada por persona a la postre interesada, no permite superar la necesidad legal de que el consentimiento conste por escrito.

VI. FALTA DE FECHA O FIRMA DEL FACULTATIVO

A diferencia de la importancia de la firma del paciente o de su representante legal (181), si en el documento de consentimiento informado no consta la fecha o firma del facultativo sólo puede considerarse un *mero defecto de forma* que no elimina lo realmente importante, esto es, si el paciente fue debidamente informado de la actuación médica, sus riesgos y alternativas.

Conforme a la STSJ de Castilla-León (182), sede Valladolid, 1278/2019, de 30 de octubre, la *falta de fecha* en el impreso que se facilitó a la paciente no tiene relevancia porque, desconociendo cuándo lo firmó la interesada, se conoce que lo firmó y cuándo se le entregó, así como cuándo lo devolvió firmado. De la misma manera, la *falta de la firma del médico* tampoco es relevante, ya que en todo momento ha existido un servicio y un médico responsable de la paciente. Y es que, si se admite el consentimiento otorgado de manera verbal, siempre que sea suficiente y adecuado, con mayor motivo debe admitirse un consentimiento escrito firmado por la paciente en el que únicamente falte la fecha y/o la firma del facultativo.

Finalmente, el hecho de que sea *un facultativo distinto* al que le intervino quirúrgicamente el que facilita la información no le priva de su contenido ni de la función que cumple.

(179) SAN de 9 de mayo de 2001, rec.161/2000.

(180) STSJ de Castilla-La Mancha 312/2015, de 2 de noviembre, rec.140/2014.

(181) Vid. ABAD ARÉVALO, Dana (2023): «Consentimiento informado», en *Metro Ciencia*, Vol. 30, núm.2, pp. 3-10.

(182) Rec.248/2018. Vid. también la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1203/2015, de 11 de junio, rec.155/2012.

VII. MOMENTO DE LA INFORMACIÓN

La Ley 41/2002 guarda silencio sobre el lapso temporal que debe transcurrir entre la información y la actuación médica. Se limita a señalar en el art. 2 LBAP: «*Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios*». Esta declaración es coherente con las previsiones del art. 8.1 de la Ley básica conforme al cual: «*1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*» (183).

Ante este silencio legal, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que, con carácter general, el consentimiento debe solicitarse con la «*antelación o tiempo suficiente*» para que el paciente reflexione y tome la decisión más oportuna, permitiendo la necesaria maduración para que su consentimiento refleje su verdadera voluntad (184). Así:

- La información facilitada el «*día previo*» a la actuación médica se considera que se presta con suficiente antelación (185).
- El hecho de que la información se facilite «*varios meses antes*» de la actuación médica no le priva de su contenido ni de la función que tiene asignada. Se considera que el paciente ha tenido tiempo de reflexionar o solicitar cualquier aclaración que estime oportuna, siempre que los riesgos informados no se alteren o se modifiquen por causas sobrevenidas, en cuyo caso habrá que ampliar la información facilitada (186).

(183) El art. 4 LBAP preceptúa: «*1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. [...] 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle*».

(184) STSJ de Castilla-La Mancha 62/2018, de 26 de febrero, rec.357/2016: «*si no se dan situaciones de urgencia es preciso informar al paciente y a la familia con el tiempo suficiente para que con frivaldad de ánimo, serenamente, tomen la decisión que consideren mejor, sobre todo cuando las opciones de tratamiento son diversas*».

(185) STSJ de Castilla y León 1103/2022, 10 de octubre, rec.699/2021. Vid. REYNAL REILLO, Esperanza (2017: pp. 128-132).

(186) STSJ de Asturias 630/2020, de 17 de noviembre, rec.346/2019: «*se aduce que se firmó quince meses antes del día de la intervención. Este planteamiento no puede aceptarse ya que el consentimiento informado no está sometido a caducidad, salvo que se acredite una situación de menoscabo de la confianza legítima en la pronta intervención, pues estamos ante una demora debida a la problemática de planificación quirúrgica, máxime cuando no constan requerimientos del paciente o su familia, ni cambios patológicos sobrevenidos en la situación de la paciente*»; STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2016, rec.533/2015: «*ha dispuesto de casi 8 meses de tiempo para reflexionar e incluso asesorarse o informarse con*

No obstante, Vicandi Martínez (187) recuerda que ha de tratarse de una información continuada durante todo el proceso asistencial, esto es, de trato sucesivo y no tanto de trato único. Es necesario que el consentimiento y la información que le sirve de base se mantenga a lo largo de todo el proceso diagnóstico o terapéutico. Por ello, alude a la «ductilidad de la información», esto es, la posibilidad de modulación que debe tener el consentimiento a lo largo del tratamiento o enfermedad del paciente, adaptándose tanto a la necesidad de éste como a las de la propia patología y recogiendo todas las modificaciones que se produzcan a lo largo del proceso de tratamiento.

— A pesar de que el documento de consentimiento informado se haya firmado por el paciente «el mismo día» de la intervención o prueba diagnóstica no implica mala praxis cuando el documento escrito no hacía más que constatar una información oral que, con anterioridad, le había sido proporcionada, así como, en su caso, a sus familiares y personas próximas.

En cambio, carecerá de validez consentimiento firmado el mismo día de la intervención si la Administración no acredita que se informó previa y verbalmente a la paciente, supuesto contemplado en la STSJ de Madrid 660/2020, de 24 de septiembre (188): «De los hechos probados anteriores extraemos dos conclusiones, la primera de signo positivo, que el documento de consentimiento informado fue suscrito por la paciente el mismo día de la intervención quirúrgica, y la segunda de signo negativo, que desconocemos el contenido concreto de la información suministrada a la paciente con anterioridad de dicha fecha sobre dicha intervención, con ocasión de las distintas asistencias que se registran en la historia clínica».

Igualmente, en opinión de la STSJ de Castilla-La Mancha 62/2018, de 26 de febrero (189), la alegación de que es razonable pensar que se informó previa y verbalmente a la paciente constituye un hecho cuya acreditación corresponde a quien lo afirma, y la Administración no lo ha probado.

más calma sobre los pormenores de la intervención a la que iba a someterse»; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1278/2019, de 30 de octubre, rec.248/2018: «el impreso correspondiente se le entregó el día en que se solicitó la prueba (27 de junio de 2013), de modo que transcurrió un importante periodo de tiempo para reflexionar de manera tranquila sobre la conveniencia de realizar la CPRE, pues se realizó el 28 de noviembre»; STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 1009/2019, de 16 de julio, rec.344/2017: «El que la información se produjera unos meses antes de la intervención quirúrgica y por otro facultativo no comporta que el apelante no tuviera conocimiento de que esa complicación pudiera tener lugar; por el contrario, ha tenido tiempo de exigir cualquier aclaración que estimara oportuna». *Vid.* STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, 2573/2010, de 12 de noviembre, rec.2530/2004.

(187) VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012: pp. 58-60). En el mismo sentido se pronuncia GALLARDO CASTILLO, M^a Jesús (2021: pp. 177-178) y GALLARDO CASTILLO, M^a Jesús (2009: pp. 124-125). *Vid.* también CADENAS OSUNA, Davinia (2018: pp. 178-180).

(188) Rec.645/2018.

(189) Rec.357/2016.

— Si se facilita la «información antes de entrar en el quirófano», la obtención de la firma del documento de consentimiento informado se asemejaría más al cumplimiento de un mero trámite burocrático que a la finalidad de garantizar el derecho a la adecuada información del paciente, por lo que hay que entender que no se le facilitó información alguna (190).

Por último, el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento (art. 8.5 LBAP).

VIII. DESVIACIÓN PROCESAL

Conforme al art. 56 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA): «1. En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración».

Frente a una denegación de responsabilidad sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis*: ¿resulta posible la alegación *ex novo*, en vía jurisdiccional, de la falta o deficiencia del consentimiento informado? ¿O existe desviación procesal incompatible con el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa? Expresado de otro modo: ¿su alegación en vía jurisdiccional constituye sólo un «motivo nuevo» basado en la misma pretensión o se trata de un una «pretensión o cuestión novedosa» planteada *per saltum* en vía judicial?

En relación a la desviación procesal, la STC 58/2009, de 9 de marzo (191), afirma: «no cabe confundir nuevo planeamiento de cuestiones sobre las que no se ha pronunciado la Administración con nuevos motivos, aunque no hayan sido aducidos en vía administrativa conforme autorizan los art. 56.1 y 78.6 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa».

(190) STSj de Castilla y León 1088/2017, de 2 de octubre, rec.943/2015: «la Sala no acierta a comprender por qué el Servicio de Neurocirugía esperó a un momento tan “crítico” como el del inicio de la intervención ya en el quirófano para obtener del paciente su conformidad que ha de ser libre, voluntaria y consciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada. No cabe duda de que el hoy demandante se sometió voluntariamente a la intervención, pero no, desde luego, que dicha conformidad fuese prestada de forma consciente previa la exigible información sobre riesgos y alternativas, máxime cuando, en expresión del neurocirujano intervintiente, se trataba de una cirugía compleja, muy difícil y muy agresiva, con posibles graves secuelas —el médico sabe que “se está jugando la paraplejía”».

(191) Rec.apmro 7914/2005.

La respuesta la proporciona la STS 1226/2020, de 30 de septiembre (192), al establecer una nítida diferenciación:

1º. Con carácter general y, en abstracto, en una revisión jurisdiccional fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis* resulta posible la «alegación de la falta de consentimiento informado» no invocada en la previa vía administrativa.

2º Sin embargo, en concreto, «la alegación sobre la omisión de un documento de consentimiento informado» no es admisible. Constituye una desviación procesal, pues no se trata de una alegación jurídica, sino del planteamiento de una «cuestión nueva» ante la jurisdicción revisora, un hecho (omisión de un documento) no invocado en la vía previa, y que no puede considerarse como un motivo relacionado con la vulneración de la *lex artis* reclamada en la vía administrativa: «si el consentimiento informado no fue mencionado por el denunciante en la vía administrativa, ni pedidas las aportaciones de todos los documentos de consentimiento informado de todas las intervenciones realizadas, no puede la ahora actora pretender que la jurisdicción contenciosa revisora entre a juzgar una cuestión absolutamente novedosa sobre la que no se le ha dado oportunidad de contestar a la Administración».

Resulta especialmente reseñable, por su claridad, la doctrina del TSJ de Castilla y León (193), sede Valladolid. Rechaza la pretendida desviación procesal basada en una falta de información no invocada en vía administrativa, por las siguientes razones:

— La primera, porque cuando la actuación administrativa revisada sea una desestimación presunta de la Administración no se puede pretender que la parte actora se ciña a los motivos expuestos en su reclamación administrativa, pues no conoce las causas por las cuales la Administración, ficticiamente, ha desestimado su reclamación.

(192) Rec. 2432/2019: «La omisión del documento escrito de consentimiento en dos intervenciones, una anterior a la única intervención, febrero 2009, mencionada en su denuncia/reclamación, y otra, tres años posterior a su escrito de mayo de 2010, no constituyen un elemento determinante de la infracción de la *lex artis* que formula en su denuncia/reclamación, centrada en la “irrefutable negligencia de médicos y/o personal sanitario”. Se trata de dos escritos, dos hechos, no alegados en la vía administrativa, ni en el escrito de denuncia/reclamación, ni en el escrito de alegaciones». La STSJ Castilla y León, sede Valladolid, 2119/2011, de 30 de septiembre, rec.1510/2007, rechazando la desviación procesal, dispone: «no es exigible a los administrados que agoten en su reclamación inicial, y sin tener aún a la vista el expediente administrativo (historia clínica), la totalidad de los posibles motivos en que puedan fundar su pretensión, pues ese es precisamente el sentido de puesta a disposición del interesado de las actuaciones llevadas a cabo por la Administración sanitaria».

(193) SSTSJ Castilla y León, sede Valladolid, 1890/2011, de 29 de julio, rec.1709/2007 o 1452/2011, de 23 de junio, rec.1587/2007.

— La segunda razón es igualmente clara. Habrá desviación procesal cuando la parte recurrente dirige su *pretensión anulatoria* contra cualquier acto administrativo que no constituya el objeto del recurso. También habrá desviación procesal cuando se introduzca en el procedimiento contencioso-administrativo una *pretensión nueva*, ya sea en fase de demanda o de conclusiones, siempre que aquella pretensión no se haya planteado en vía administrativa, privando a la Administración demandada de su conocimiento y de la posibilidad de acogerla o denegarla.

— Sin embargo, nunca existirá desviación procesal si la parte recurrente introduce *argumentos o fundamentaciones jurídicas*, aun con carácter *ex novo*, en defensa de una *pretensión procesal* en su día esgrimida. «Dicho de otro modo, el punto de atención para dilucidar si existe desviación procesal deberá ponerse en los actos impugnados y en las pretensiones que se ejerciten, pero nunca en los argumentos esgrimidos como apoyo o sustento de esas pretensiones». Porque lo único que veda el carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el planteamiento de *cuestiones o pretensiones nuevas*, cualesquiera que sean los fundamentos jurídicos que las justifican.

Por último, la deficiencia del consentimiento informado alegada, por primera vez, en el escrito de conclusiones no puede servir como título de imputación para el reconocimiento de responsabilidad en atención a su extemporánea invocación (194).

Se trata de una *cuestión nueva* que, según el art. 65.1 de LRJCA, no se puede plantear, por primera vez, en el escrito de conclusiones: «*En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación*».

IX. CONCLUSIONES

1. El presente trabajo permite concluir que existen números supuestos —legales y jurisprudenciales— en los que la ausencia del documento de consentimiento informado, la insuficiencia informativa o la falta de firma del paciente no genera automáticamente responsabilidad de la Administración sanitaria.

(194) SSTSJ Castilla y León sede Valladolid, 761/2018, de 30 de julio, rec.996/2016; 418/2016, de 17 de marzo, rec.1041/2014: «Tampoco procede reconocer indemnización alguna por falta del necesario consentimiento informado a la paciente, al apreciarse desviación procesal [...] sólo lo esgrime la actora en conclusiones, sin haber efectuado pretensión al respecto ni en la vía previa administrativa ni en la demanda» o 922/2014, de 5 de mayo, rec.2016/2010: «rechazando [...] las menciones en el escrito de conclusiones al consentimiento informado —desviación procesal prohibida por el artículo 65.1 LJCA—, podemos obtener las siguientes conclusiones».

2. En mi opinión, esta problemática tiene indudable trascendencia en la práctica procesal, ante la posible exoneración de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.

3. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia permite sistematizar los siguientes supuestos de exoneración de responsabilidad administrativa, pese a tales deficiencias: ausencia de alternativa terapéutica; riesgos infrecuentes o extraordinarios; riesgos imprevisibles; actuaciones médicas menores o ausencia de daño derivado de la actuación médica.

4. Sin embargo, se aprecia una doctrina divergente en la jurisprudencia analizada, lo que conlleva una gran inseguridad jurídica para el justiciable. Sería aconsejable una mayor homogeneidad en los Tribunales Superiores de Justicia, así como en la doctrina de la Sala Civil y Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo.

5. Igualmente, sería deseable que los antedichos supuestos tuvieran su reflejo en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, con el objetivo de evitar esta discrepancia jurisprudencial.

6. Asimismo, como fruto de un profundo estudio jurisprudencial, destaco los siguientes medios probatorios para acreditar la información oral prestada o deducir su existencia: las anotaciones en la historia clínica; el consentimiento informado presuntivo o tácito, que engloba una importante casuística; el informe y la prueba testifical-pericial del facultativo intervientista; así como el Informe y la declaración del Jefe del Servicio.

7. En suma, el artículo pretende llamar la atención sobre la conveniencia de unificar la doctrina de los Tribunales en un aspecto tan esencial la praxis sanitaria como es la prueba de la información prestada; y especialmente acerca de los supuestos exonerados de dicha acreditación. En mi opinión, el legislador debería proporcionar las pautas que ayuden a uniformar dicha doctrina.

X. BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARÉVALO, Dana (2023): «Consentimiento informado», en *Metro Ciencia*, Vol. 30, núm.2, pp. 3-10.

ABEL LLUCH, Xavier (2004): El derecho a la información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm.10, pp. 15-126.

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (2009): *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi.

- ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando (2003): *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2013): «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, pp. 147-161.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio (2019): «Responsabilidad patrimonial sanitaria. Autonomía de la voluntad del paciente y documento de consentimiento informado», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 29, pp. 147-155.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2007): «El consentimiento informado como derecho de los pacientes en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en ABELLÁN SALORT, José Carlos, *La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos*, Grupo Difusión, pp. 39-137.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes (2013): *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, Marcial Pons.
- BORRELL I MESTRE, Joaquim (2011): «La prueba del consentimiento informado y la responsabilidad de la Administración en el ámbito sanitario», en ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba judicial: desafíos en las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa*, pp. 1657-1673.
- CADENAS OSUNA, Davinia (2018): *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Boletín Oficial del Estado.
- CALVO SÁNCHEZ, Mª Dolores (2014): «Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la Medicina», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Dir.). *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley.
- (2020): «La responsabilidad patrimonial, con referencia a la administración sanitaria. La figura jurídica del consentimiento informado: Autonomía del usuario-paciente y fiel aliado del profesional sanitario», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 34, pp. 67-80.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2005): *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo.
- CLEMENTE MEORO, Mario y COBAS COBIELLA, Mª Elena (Dirs.) (2021): *Derecho de Daños*, Tomo I, Tirant lo Blanch.
- CORCHETE MARTÍN, Mª. José (2014): «El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional», en LLAMAS POMBO, Eugenio (Dir.). *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: un análisis interdisciplinar*, La Ley, pp. 57-95.
- CHAVES GARCÍA, José Ramón (2021): *Breviario jurisprudencial de la prueba en la justicia administrativa*, Amarante.

- (2021): *Derecho Administrativo vivo. Una mirada original al laberinto de lo público*, Boch.
- DE ALBA BASTARRECHEA, Esther (2020): *El daño causado por la Administración sanitaria. Criterios de valoración e indemnización*, Thomson Reuters.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2003): «El consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y daño», en *Revista de Derecho de Daños*, núm. 3, pp. 179-219.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2011): «Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 21, núm.1, pp. 75-84.
- GALÁN CORTÉS, Julio César (2021): *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters-Civitas.
- GALLARDO CASTILLO, MºJesús (2009): «Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.75, pp. 95-137.
- (2021): *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, Cálex.
- GARCÍA CAÑETE, Isolda Mº; ENAMORADO ANAYA, Antonio Rafael (2020): «El consentimiento informado en la práctica médica asistencial. Reflexiones, conocimiento y aplicación» en Roca, *Revista Científico - Educaciones de la provincia de Granma*, vol. 16, núm. 1, pp. 380-389.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis (2008): «La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?», en ADROHER BIOSCA, Salomé; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dirs.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi.
- GRAU GRAU, Ignacio (2017): *La responsabilidad patrimonial sanitaria: aspectos procesales*, Bosch.
- GUERRERO ZAPLANA, Javier (2013a): «Responsabilidad y consentimiento informado», en PALOMAR OLMEDA A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Aranzadi, pp. 145-172.
- (2013b): *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias. Cuestiones prácticas y preguntas con respuestas*, Lex Nova.
- (2014a): «El criterio antiformalista de la prestación del consentimiento informado», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, pp. 121-130.
- (2014b): «Derechos y deberes de información médico-paciente. El consentimiento», en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 158, pp. 163-182.
- HERNÁNDEZ HERRERO, Mónica (2023): *Medicina defensiva y judicialización. Radiografía del litigio en la sanidad pública*, Dykinson.

- HERRADOR GUARDIA, Mariano José (2022): *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin.
- HUERTA GARICANO, Inés (2011): «La indemnización por defectos en la prestación del consentimiento informado», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm.16, 2011, pp. 151-158.
- HURTADO-DÍAZ GUERRA, Isabel (2018): *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch.
- LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.) (2022): *Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en su XX aniversario*, Aranzadi.
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente (2022): «Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario», en *Revista Derecho y Salud*, vol.32, pp. 78-100.
- (2023): «Novedades jurisprudenciales en el ámbito sanitario», en *Revista Derecho y Salud*, vol.33, pp. 75-100.
- LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier (2022): *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. La valoración y cuantificación del daño*, Atelier.
- MARÍN PALMA, Enrique (2008). «*El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente*», en ADROHER BIOSCA, Salomé; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dirs.) et al., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi.
- MARTÍNEZ-CARRASCO, Robert y ORDÓÑEZ-LÓPEZ, Pilar (2023): «El consentimiento informado en la comunicación médico-paciente: análisis crítico del marco legislativo», en *HERMES - Journal of Language and Communication in Business*, núm.63, pp. 100-117. <https://doi.org/10.7146/hjcb.vi63.134391>.
- MARTÍNEZ DOALLO, Noelia (2021): *El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental*, Comares.
- MOURE GONZÁLEZ, Eugenio (2012): El consentimiento informado como derecho fundamental. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, *Diario La Ley*, núm. 7912.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel (2021): *El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales*, Dykinson.
- OSASUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 17, núm. 59, 2006.
- PANES CORBELLÉ, Luis Alberto (2013): «La responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud», en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTINEZ, Josefa: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II, Capítulo 43, Aranzadi.
- PELAYO GONZÁLEZ TORRE, Ángel (2009): *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares.

- PUEYO CALLEJA, Francisco Javier (2009): «La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa», en *Revista Derecho y Salud*, Vol.17, pp. 81-100.
- REYNAL REILLO, Esperanza (2017): *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Aranzadi.
- RIVAS LÓPEZ, Antonio Luis (2012): *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Fundación Asesores Locales.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2023). *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch.
- RIVERO YSERN, Enrique (2018). *El daño en el Derecho Administrativo*, Juruá.
- ROMEO CASABONA, Carlos M^a (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coords.) (2022): *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson.
- ROMEO MALANDA, S. (2022): «Consentimiento informado (I)», en ROMEO CASABONA, Carlos M^a (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar y ROMEO MALANDA, Sergio (Coords.), *Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo (2012): «Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo y LIEDÓ YAGÜE, Francisco *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, pp. 225-250.
- SÁNCHEZ CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando (2003): *Derechos y deberes de los pacientes: (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, consentimiento informado, intimidad clínica, intimidad e instrucciones previas*, Comares.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (2015): «La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial y praxis médica», en TOMILLO URBINA, Julio Jorge y CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. (Coords.), *Derecho y Salud como realidades interactivas*, pp. 89-106.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio (2004): «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», en *Revista Indret* 2/2004, pp. 1-24.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio (2022): «Los medios y los resultados en la actividad médica. Consentimiento informado», en HERRADOR GUARDIA, Mariano José, *Responsabilidad médica-sanitaria*, Sepin.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu (2012): «El derecho a la información: un campo de batalla entre la medicina y el derecho», en *Revista Derecho y Salud*, vol.22, núm. 2, pp. 39-78.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada (2022): «Consentimiento informado (II)», en ROMEO CASABONA, C.M^a (Dir.); NICOLÁS JIMÉNEZ, P. y ROMEO MALANDA, S. (Coords.),

- Manual de Bioderecho (Adaptado para la docencia en ciencias de la salud y ciencias sociales y jurídicas)*, Dykinson.
- YEBRA-PIMENTEL VILAR, Eva (2012): *El consentimiento informado. Criterios legales y jurisprudenciales*, Difusión jurídica.
- XIOL, Juan Antonio y BASTIDA, Francisco José (2012): *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

DEBATES

LA NUEVA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA^(*)()**

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: I. LA AUTORIDAD REGULADORA NACIONAL ESPAÑOLA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA.- II. ESTADO ACTUAL DE TRAMITACIÓN Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY DE RESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA.- III. AUTONOMÍA FINANCIERA DE LA CNE.- IV. FUNCIONES DE LA CNE: 1. Funciones generales en el ámbito del sector eléctrico, del sector del gas natural y del sector del hidrógeno y otros gases renovables. 2. Establecimiento de la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera y de la retribución de las actividades de red. 3. Toma de participaciones en el sector energético. 4. Función arbitral. 5. Emisión de informes. 6. Resolución de conflictos de acceso.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El Gobierno ha iniciado la tramitación legislativa para el restablecimiento de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) con el objetivo de hacer frente a la emergencia climática y al proceso de transición ecológica. Se propone así la segregación de la CNMC en un contexto energético que sitúa al consumidor en el centro de un modelo de suministro descentralizado. Así, el presente trabajo tiene por objeto examinar el Proyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), que tiene como finalidad recuperar una autoridad reguladora nacional altamente especializada y que aborde el sector energético en exclusiva. En este proyecto de ley se deben introducir mejoras, como exponemos en detalle, si pretende adaptarse a los desafíos del cambio climático y a la transición hacia una economía descarbonizada.

Palabras clave: derecho de la energía; transición energética; autoridad reguladora nacional; comisión nacional de la energía española.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 29/08/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 25/10/2024.

(**) Trabajo elaborado en el marco del proyecto «Desafíos normativos para el despliegue de una energía eólica marina sostenible y resiliencia (SOFTMAR)» (ref. PID2023-146619OB-100), financiado por la Convocatoria 2023 de Generación de Conocimiento del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

THE NEW SPANISH NATIONAL ENERGY COMMISSION IN THE CURRENT CONTEXT OF ENERGY TRANSITION

ABSTRACT: The Spanish Government has begun the legislative process for the reestablishment of the National Energy Commission (CNE) with the aim of addressing the climate emergency and the ecological transition process. The segregation of the current Spanish regulatory authority is thus proposed in an energy context that places the consumer at the center of a decentralized supply model. Thus, the purpose of this paper is to examine the Draft Law for the reestablishment of the National Energy Commission., which aims to recover a highly specialized national regulatory authority that addresses the energy sector exclusively. Improvements must be introduced in this draft law, as we explain in detail, if it is to adapt to the challenges of climate change and the transition towards a decarbonized economy.

Key words: Energy Law. Energy transition. National Regulatory Authority. Spanish National Energy Commission.

I. LA AUTORIDAD REGULADORA NACIONAL ESPAÑOLA EN EL ACTUAL CONTEXTO DE TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Para lograr la descarbonización de la economía, necesaria en un entorno de lucha contra el cambio climático, es imprescindible la transformación del modelo energético. Los mercados existentes van evolucionando y a ello se suman nuevos mercados basados en alternativas energéticas como el hidrógeno y otros gases renovables (1). En este contexto de transición energética, debe valorarse la reformulación de la autoridad reguladora nacional actual: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) (2). La creación de estas autoridades fue reclamada —prematuramente— a los Estados miembros en el primer paquete energético, y en concreto en el artículo 20 de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (3). Son autoridades encargadas de la defensa de la competencia y que, por consiguiente, tratan de evitar los abusos de poder ejercido por las empresas. Además, estas autoridades estarán asistidas por la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), cuyas funciones han sido

(1) A. GONZÁLEZ (2022: 21-23).

(2) Creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 134, de 05 de junio de 2013 (en adelante, Ley de creación de la CNMC) y desarrollada por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013 (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC).

(3) DOCE núm. 27, de 30 de enero de 1997.

ampliadas (4) a través del Reglamento (UE) 2019/942 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, por el que se crea la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (5). Así las cosas, en tiempos actuales surgen nuevas necesidades en este proceso de transición ecológica que demandan un regulador con un ámbito de actuación más amplio y especializado, debiéndose situar al consumidor en el centro de su actuación. Es necesario apostar por el modelo predominante en la Unión Europea, donde está extendida la configuración de autoridades reguladoras nacionales especializadas en materia de energía.

De esta forma, un regulador en exclusiva debe supervisar los mercados energéticos añadiendo la descarbonización de la economía a las funciones y objetivos tradicionales consistentes en velar por la libre competencia y el adecuado funcionamiento de los mercados desde la eficiencia económica. En este sentido, cabe recordar que las funciones de regulación y supervisión ya fueron asumidas por las extintas Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN) (6) y Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE) (7) —en periodo 1995 a 1999— y Comisión Nacional de Energía —en periodo 1999 a 2013— (8). A partir de 2013 se constituyó la actual CNMC. Cabe subrayar que con posterioridad hubo un intento fallido de creación de la denominada Autoridad Administrativa Independiente (AAI) de Supervisión y Regulación de Mercados y de la Autoridad Administrativa Independiente (AAI) de Competencia, a través del Anteproyecto de Ley sobre racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza, que fue sometido a consulta pública en marzo de 2017. Este anteproyecto buscaba sustituir la actual CNMC por estos dos reguladores, pero finalmente no vio luz verde. Como puede observarse, en España, a diferencia de lo ocurrido en otros países de nuestro entorno, hemos tenido grandes cambios institucionales en relación con la autoridad reguladora nacional.

En este orden de cosas, se busca afrontar estos nuevos retos a través del Proyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de la Energía (CNE), A.A.I., (en adelante, Proyecto de Ley de la CNE). El fin perseguido con este borrador de ley ordinaria es desarrollar las funciones que tradicionalmente se

(4) M.A. RODRÍGUEZ (2021: 179-196).

(5) DOUE núm. 158, de 14 de junio de 2019.

(6) Creada por el artículo 6 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del sistema eléctrico nacional (LOSEN). BOE núm. 313, de 30 de diciembre.

(7) Creada por la Disposición transitoria tercera de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. Esto supuso el cambio de denominación a CNSE, que asumió gran parte de las funciones de la CSEN.

(8) Creada por la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (en adelante, LH). BOE núm. 241, de 08 de octubre de 1998.

asignaron al regulador en relación con la competencia, transparencia y eficiencia de los mercados energéticos, reforzando las funciones de supervisión e inspección. Además, el proyecto señala que la nueva CNE perseguirá la descarbonización de la economía, incorporando en su regulaciones y decisiones los objetivos de transición energética asumidos por el Estado español a nivel europeo e internacional, lo que supone una novedad, al no atribuirse este objetivo para el actual regulador en el Estatuto Orgánico de la CNMC. Debe así restituirse una CNE de naturaleza independiente, con objetivos, estructura, funciones y presupuesto propio.

En 2022 tuvo lugar la invasión rusa de Ucrania y ello implicó el corte del suministro de gas hacia Europa (9). Como respuesta inmediata a esta situación, la Comisión Europea aprobó el «*Plan REPowerEU*» (10) con el fin de generar energía sin emisiones de gases de efecto invernadero y ahorrar energía, y buscando reducir la dependencia europea de los combustibles fósiles (11). Los problemas de seguridad de suministro ocasionados tras esta invasión refuerzan la necesidad de recuperar una estructura organizativa dedicada en exclusiva a la materia energética, lo que pasa por volver a un modelo basado en un organismo regulador exclusivo con alta especialización en el sector energético. Además, el proyecto se adecuaría a los principios de buena regulación contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) (12). En especial, el principio de necesidad queda garantizado habida cuenta de que la lucha contra el cambio climático y la descarbonización del sector energético constituyen una inequívoca razón de interés general. Asimismo, quedan garantizados los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, transparencia y eficiencia.

Así pues, el presente trabajo tiene por objeto examinar el Proyecto de Ley de la CNE, que busca recuperar la institución de la Comisión Nacional de Energía que estuvo vigente hasta el año 2013, aunque ahora se acuña —con acierto— la denominación de Comisión Nacional de la Energía. Esta entidad estará adscrita al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (en adelante, MITERD), lo que supone una mejora respecto al modelo actual, ya que la CNMC está adscrita al Ministerio de Economía. Resulta más conveniente que la adscripción sea al departamento ministerial afín por razón de la materia. La futura CNE ejercerá sus funciones a través del Consejo y el Presidente. En relación con la organización interna, la composición, y el régimen jurídico y de funcionamiento

(9) A mayor abundamiento, véase J.C. GIMÉNEZ (2022: 20-29).

(10) COMISIÓN EUROPEA (2022), *Comunicación REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible*. Estrasburgo, 08 de marzo de 2022.

(11) L. HANCHER and A. DE HAUTECLOCQUE (2024:61-64), A. MAÑÉ (2023: 157-171); y J. GARCÍA ARENAS y R. SÁNCHEZ (2022: 27-28).

(12) BOE núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

de la futura CNE, el proyecto de ley remite a la posterior aprobación del Estatuto Orgánico y del Reglamento de funcionamiento interno de la Comisión Nacional de la Energía. Esta remisión a la ulterior aprobación del estatuto y el reglamento es acertada. La redacción inicial contenida en el anteproyecto señalaba que el funcionamiento de la CNE se apoyaría sobre una Secretaría General, una Secretaría del Consejo y tres direcciones de instrucción: de Electricidad, de Hidrocarburos y Nuevos Combustibles y, como novedad, de Inspección. En el anteproyecto se observaba falta de uniformidad en relación con el nombramiento de este personal directivo, y ello requería ser revisado. Así pues, de mantenerse estos órganos en el futuro estatuto y reglamento, sería aconsejable que se unificase la forma de nombramiento de los mismos, de manera que sea el Consejo, a propuesta del Presidente o de tres de sus miembros, el que asumiese esta función.

Se propone esta segregación de la CNMC en un contexto energético que busca situar al consumidor en el centro del modelo de suministro y que introduce un modelo de generación descentralizado (13). Además, la seguridad de suministro se ha visto gravemente comprometida tras la invasión rusa de Ucrania, evidenciando la gran dependencia energética existente en relación con el suministro de gas (14). Por todo ello, es necesario restablecer una autoridad reguladora nacional que aborde el sector energético en exclusiva y que presente una estructura altamente especializada en la materia. Cabe subrayar que, de forma paralela a la tramitación legislativa del proyecto, el Gobierno está trabajando para cubrir cinco puestos vacantes —desde el verano de 2023— del total de diez que componen su consejo de administración. Este proceso de renovación se ha facilitado a partir del acuerdo PP-PSOE alcanzado el pasado mes de junio de 2024 en relación con la renovación del Consejo General del Poder Judicial. La previsión es que los nuevos consejeros de la CNMC tomen posesión de sus cargos en el último trimestre de 2024. Mientras que la designación de los siete miembros de la nueva CNE tendrá lugar con su previsible puesta en funcionamiento a principios de 2025. Sobre este punto, cabe significar que el Consejo de Estado se ha postulado a favor de que los antiguos vocales de la CNMC no puedan integrar el Consejo de la nueva CNE.

II. ESTADO ACTUAL DE TRAMITACIÓN Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY DE RESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA

El proceso de audiencia pública del Anteproyecto de Ley de la CNE se abrió en febrero de 2024, dándose un plazo para presentación de alegaciones desde el día 22 de febrero al día 4 de marzo. Seguidamente, la Secretaría de

(13) S. GALERA y M. ORTIZ (2022: 16).

(14) I. BALTEANU y F. VIANI (2023: 2-7).

Estado de Energía del MITERD remitió a la CNMC, a través de comunicación de 6 de marzo de 2024, el Anteproyecto de Ley de la CNE, junto con una memoria justificativa, para que emitiese el correspondiente informe. Se trataba de una solicitud urgente, ya que el 24 de febrero de 2024 el Consejo de Ministros había autorizado la tramitación administrativa urgente del anteproyecto (ex artículo 27.1.b de la Ley 50/1997, del Gobierno (15)).

Así, la CNMC emitió su informe sobre el citado anteproyecto en fecha 20 de marzo de 2024 (16), de acuerdo con la función consultiva que tiene atribuida en el procedimiento de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión (artículos 5 y 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC). Este informe consultivo de la CNMC fue revisado, a petición del Gobierno, por el Ministerio de Hacienda. Sobre este punto, cabe subrayar que Hacienda ha rechazado la posibilidad de que el presupuesto de la CNE sea «estimativo», posicionándose a favor de un presupuesto «limitativo», lo que analizamos en el apartado correspondiente de este trabajo.

Este Anteproyecto de Ley, tras pasar por el dictamen preceptivo del Consejo de Estado, ha sido finalmente aprobado, a petición del MITERD, por el Consejo de Ministros —en fecha 25 de septiembre de 2024— y se ha remitido al Congreso de los Diputados para continuar con su tramitación como proyecto de ley. Así las cosas, la Mesa del Congreso, en su reunión de 8 de octubre de 2024, ha acordado encomendar la aprobación con competencia legislativa plena del proyecto de ley a la Comisión de Transición Ecológica y Reto Demográfico (ex artículo 148 del Reglamento del Congreso (17)). Asimismo, se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales en fecha 11 de octubre, estableciendo un plazo de enmiendas por un plazo de quince días hábiles (finalizando el día 30 de octubre). Por tanto, teniendo en cuenta que el proyecto se tramita por la vía de urgencia, es previsible que la ley vea luz verde antes de finalizar el año 2024.

Cabe subrayar que, tal y como establece la Disposición adicional primera, apartado 4, del proyecto de ley, la nueva CNE debería estar constituida y plenamente operativa en el plazo de tres meses contados a partir de la constitución del Consejo de la CNE. Se trata de un plazo más adecuado que el

(15) BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997.

(16) COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *Informe sobre el anteproyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de Energía, A.A.I., y de creación del Fondo para la Gestión Económico-Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del sector del gas*, F.C.P.J. Pleno de la CNMC. Expediente n.º: IPN/CNMC/007/24. Madrid, 20 de marzo de 2024.

(17) Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el Boletín Oficial del Estado del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1982).

inicialmente definido en el Anteproyecto de ley, el cual contemplaba un plazo cuatro meses desde la entrada en vigor de la ley.

En relación con la estructura del proyecto de ley, cabe subrayar que presenta una exposición de motivos y cuarenta y dos artículos contenidos en siete capítulos (frente a los treinta y ocho artículos, contenidos en dos títulos, que aparecían en el anteproyecto de ley). Además, cuenta con seis disposiciones adicionales (frente a las tres del anteproyecto), ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales (frente a las cuatro del anteproyecto).

El Anteproyecto de ley contenía un Título I que llevaba por rúbrica «La Comisión Nacional de la Energía», encargado de regular el restablecimiento de un organismo regulador con capacidad para supervisar el adecuado funcionamiento de los mercados y de los sectores energéticos (hidrocarburos líquidos, electricidad, gas natural y gases renovables e hidrógeno). Por otro lado, la redacción inicial contenida en el anteproyecto también incluía un Título II, que llevaba por título «Fondo para la Gestión de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas», y por tanto lo creaba *ex novo*. Sin embargo, en la redacción final del proyecto de ley no se incluye este título II relativo al fondo mencionado.

III. AUTONOMÍA FINANCIERA DE LA CNE

El informe de la CNMC de marzo de 2024 fue revisado, a petición del Gobierno, por el Ministerio de Hacienda. Este análisis llevado a cabo por el Ministerio de Hacienda estudió la posibilidad de introducir un cambio importante en el entonces Anteproyecto de Ley de la CNE: dotar de mayor autonomía financiera al futuro organismo regulador de la energía.

El texto establece que el organismo regulador se va a nutrir fundamentalmente de las asignaciones establecidas anualmente en los Presupuestos Generales del Estado, a través de un régimen de carácter limitativo y vinculante al nivel de especificación establecido por la legislación presupuestaria para los organismos autónomos (artículo 29 del anteproyecto y actual artículo 34 del proyecto). Por otro lado, también se establece que el régimen de variaciones y vinculaciones de los créditos de este presupuesto limitativo es el que venga establecido en el estatuto orgánico de la CNE, lo que escapa a la potestad de la CNE, ya que el estatuto es aprobado por el Gobierno mediante real decreto. Este estatuto va a definir las funciones, estructura interna, composición y régimen jurídico y de funcionamiento de la futura CNE.

En este punto, en relación con el Anteproyecto de Ley de la CNE, el Gobierno planteó una posibilidad de reforma al Ministerio de Hacienda que provenía de una petición que la propia CNMC incluyó en su informe de marzo. En concreto, se pedía a Hacienda estudiar la posibilidad de que el presupuesto de la futura CNE fuese «estimativo», en lugar de «limitativo». Sin

embargo, el Ministerio de Hacienda rechazó la modificación pretendida por la CNMC, manteniendo que el presupuesto debía ser «limitativo». Así las cosas, la redacción del entonces Anteproyecto de Ley de la CNE (artículo 29) se ha mantenido en el actual artículo 34 del Proyecto de Ley de la CNE.

Cabe destacar que el presupuesto de la extinta CNE fue «estimativo» hasta la llegada de la Ley de creación de la CNMC, que contempló un presupuesto «limitativo». Así pues, Hacienda —cuya posición es decisiva— decide no ofrecer más autonomía financiera a la futura CNE. La CNE —como organismo público— va a tener un presupuesto limitativo, de forma que la Ley de Presupuestos del Estado fijaría el gasto máximo en que puede incurrir, a pesar de que la financiación de la CNE provendría de ingresos extrapresupuestarios (como los peajes energéticos). En cualquier caso, al margen de la posición mantenida por Hacienda, se podrán introducir enmiendas que corrijan el proyecto de ley cuyo trámite parlamentario ha sido recientemente iniciado.

En este orden de cosas, sería conveniente que la nueva CNE tuviese un presupuesto «estimativo», ya que es el régimen que presentan otras autoridades reguladoras de idéntica naturaleza (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (18)). Es necesario que la futura CNE tenga suficiencia financiera y suficiente autonomía presupuestaria para enfrentarse a los retos de futuro con cierta solvencia. Destacadamente, el artículo 57 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (en adelante, Directiva de MIE) (19), establece que las Autoridades Reguladoras Nacionales deben nutrirse de recursos financieros suficientes para desarrollar sus funciones de forma eficaz y eficiente. Además, la norma europea señala que estas autoridades deben contar con una dotación anual separada con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado. Por ello, entendemos que debe modificarse el texto del Proyecto de Ley de la CNE, en aras de recuperar un sistema de financiación basado en tasas, como ya vino establecido para la extinta CNE.

IV. FUNCIONES DE LA CNE

1. Funciones generales en el ámbito del sector eléctrico, del sector del gas natural y del sector del hidrógeno y otros gases renovables

La CNE ejercerá sus funciones en el ámbito del sector eléctrico, el sector del gas natural, el sector de los hidrocarburos líquidos y el sector del hidrógeno

(18) El régimen presupuestario «estimativo» de la CNMV se establece en el artículo 33 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. BOE núm. 66, de 18 de marzo de 2023.

(19) DOUE núm. 158, de 14 de junio de 2019.

y otros gases renovables. El artículo 1 del Proyecto de Ley de la CNE mantiene las funciones que ya se atribuyeron a la CNMC a través de la Ley de creación de la CNMC e incluye nuevas, especialmente en materia de hidrógeno y otros gases renovables (20). En este punto, cabe significar que algunas cuestiones sobre la regulación del hidrógeno solo podrán ser asumidas por la futura CNE si previamente se aprueba un marco legal general para este sector, lo que aún está pendiente de ver luz verde en España. Así pues, entendemos que estas funciones atribuidas a la CNE en materia de hidrógeno —que se han visto ampliadas— deberán adaptarse a la transposición que se haga, llegado el momento, de la directiva europea perteneciente al paquete normativo europeo sobre gases renovables e hidrógeno (21). Sobre este paquete europeo, la Comisión Europea presentó una propuesta de Reglamento y de Directiva en fecha 15 de diciembre de 2021, por los que se establecen normas comunes para los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno y se reforma la legislación vigente de la Unión en materia de gas. Las negociaciones con el Parlamento Europeo para la finalización de ambos textos empezaron el 1 de junio de 2023, alcanzándose un acuerdo final sobre la Directiva en fecha 27 de noviembre de 2023 y sobre el Reglamento en fecha 8 de diciembre de 2023. Por su parte, el Consejo de la UE adoptó formalmente el Reglamento y la Directiva, lo que tuvo lugar el 21 de mayo de 2024. Así, se trata de normas que van a contribuir a la transición hacia la utilización de gases renovables e hipo carbónicos (en concreto, el hidrógeno) en el sistema energético, con el fin de alcanzar los objetivos de descarbonización de la Unión Europea. Tras este trámite, se firmaron el Reglamento y la Directiva, y se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea. Así las cosas, se publicó el Reglamento (UE) 2024/1789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1227/2011, (UE) 2017/1938, (UE) 2019/942 y (UE) 2022/869 y la Decisión (UE) 2017/684 y se deroga el Reglamento (CE) n.º 715/2009 (22). Este Reglamento será directamente aplicable seis meses después de su publicación. Por otro lado, se ha publicado la Directiva 2024/1788, de 13 de junio de 2024, relativa a normas comunes para los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno, por la que se modifica la Directiva

(20) A mayor abundamiento sobre las implicaciones del hidrógeno renovable y los gases renovables véase J.J., J. BARQUÍN, M. DÍAZ-OTERO, C. MARTÍNEZ y E. MORENO (2022:153-159) y C.M. ÁVILA (2022: 28-57).

(21) A mayor abundamiento sobre este paquete energético véase L. MELLADO (2023: 17-42) y G.F. FERRARI (2022: 223-244).

(22) DOUE núm. 1789, de 15 de julio de 2024.

(UE) 2023/1791 y se deroga la Directiva 2009/73/CE (23). Esta directiva otorga a los Estados miembros un plazo de dos años para su transposición a la legislación nacional.

Entre las funciones mencionadas, el anteproyecto incluyó la relativa a la supervisión de la actividad de la «Oficina de Cambios de Suministrador de electricidad y gas natural» (OCSUM). El anteproyecto estaba recuperando esta figura de la OCSUM (24), que fue creada a través de la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (25). Esta oficina fue derogada a través de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE) (26), como consecuencia de los elevados costes que comportaba. Sobre este punto, cabe subrayar que la OCSUM solo sería un instrumento eficiente si se introducen mejoras en términos de movilidad de los consumidores en relación con los suministradores de electricidad, lo que comportaría un mayor grado de competencia efectiva en el mercado minorista. Por tanto, es positivo que la redacción definitiva del Proyecto de Ley haya eliminado esta función relativa a la Oficina de Cambios de Suministrador de electricidad y gas natural.

Asimismo, la redacción inicial contenida en el anteproyecto proponía atribuir a la restituida CNE la función de liquidación de los ingresos y costes del sistema eléctrico, motivo por el cual se proponía la creación del Fondo para la Gestión Económico-Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas F.C.P.J. (FGLSEG), un fondo específico dedicado a la gestión y a la liquidación de los sistemas eléctrico y gasista en relación con las actividades reguladas. Cabe significar que este fondo podía plantear dudas en relación con el sector gasista, habida cuenta de que las liquidaciones se llevan a cabo, salvo excepciones, a través de la aprobación por parte del regulador de una matriz de cobros y pagos que originan transacciones entre los distintos agentes, sin que pase por cuentas operativas del organismo regulador. En este punto, como hemos señalado *supra*, desaparece en la redacción definitiva del proyecto de ley el título relativo a este fondo y, por tanto, se elimina esta función de liquidación de los ingresos y costes del sistema eléctrico.

También destacamos las funciones relativas a la inspección de los agregadores independientes (27) y a la supervisión de la actividad de almacenamiento

(23) DOUE núm. 1788, de 15 de julio de 2024.

(24) Sobre su origen véase J. SUÁREZ (2009: 227-236).

(25) BOE núm. 160, de 05 de julio de 2007.

(26) BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

(27) Sobre esta figura véase J. FERNÁNDEZ (2022: 32-43).

de las condiciones de acceso a esta actividad (ambas son funciones que ya aparecían en el anteproyecto de ley). Se trata de figuras clave en el actual escenario de transición energética, ya que los agregadores habilitan para la consecución de la neutralidad climática y dotan de seguridad al sistema, mientras que la actividad de almacenamiento otorga flexibilidad al suministro de electricidad, tanto desde la perspectiva de la producción como del consumo. Asimismo, como novedad, el proyecto incluye, en su artículo 11, funciones que la Ley de creación de la CNMC atribuye al Ministerio competente, pero que viene asumiendo la CNMC transitoriamente, en tanto no se traspasen medios materiales y humanos. Estas funciones versan sobre acuerdos de iniciación de expedientes sancionadores y funciones de información, atención y tramitación de reclamaciones de consumidores. En particular, la función de incoación e instrucción de los expedientes sancionadores que debe resolver la Administración General del Estado debería eliminarse, ya que una Administración Independiente no debería tramitar expedientes que resuelve otra Administración distinta.

2. Establecimiento de la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera y de la retribución de las actividades de red

Sobre la función relativa a la propuesta de la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte y distribución de electricidad, gas e hidrógeno, el proyecto de ley señala —con acierto— que estas retribuciones podrán incorporar incentivos, con signos positivos o negativos, a la mejora de la calidad de la atención de los usuarios de las infraestructuras de red, a la reducción de plazos de tramitación de solicitudes y al cumplimiento de objetivos de transición energética (artículo 11). En el anteproyecto de ley solo se aludía a la función de propuesta de metodología para el cálculo de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad y gas, si bien con la redacción del proyecto de ley se ha incluido —acertadamente— una nueva letra k) al artículo 11, referido específicamente a la retribución de las instalaciones de hidrógeno.

Esta referencia a los incentivos no aparece en el vigente artículo 7 de la Ley de creación de la CNMC, aunque sí la localizamos en leyes sectoriales (LSE y Ley 18/2014, de 5 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (28)), pero con un contenido distinto al previsto en el proyecto objeto de estudio. Por este motivo, la previsible aprobación del proyecto supondría una derogación tácita de los incentivos a que se refieren las leyes sectoriales mencionadas, salvo que su redacción definitiva especificase otra cosa. En cualquier caso, sería aconsejable que la futura ley diese mayor margen a la CNE para crear más incentivos que aumenten la eficiencia en las actividades de red. Se espera que, de aprobarse

(28) BOE núm. 252, de 17 de octubre de 2014.

la ley en estos términos, la futura CNE tenga en cuenta estos incentivos a la hora de elaborar sus circulares normativas sobre retribución del transporte y la distribución de electricidad (29) y gas (30). Aunque en la redacción del anteproyecto se echan en falta los incentivos a la prudencia financiera, que garantizarían un nivel adecuado de endeudamiento de las empresas, en los términos a que se refiere la LSE, la Ley 18/2014 y las circulares normativas sobre metodología de retribución de las actividades reguladas de electricidad y gas (31). Además, en relación con esta fijación de la metodología, sería conveniente incluir la obligación de transparencia, de forma que la CNE se viese obligada a hacer públicos los estudios, informes o dictámenes que le han servido de apoyo para adoptar estas metodologías.

Asimismo, la nueva CNE debería estar creada y definida para la fecha en que se tengan que formular las alegaciones a la nueva propuesta de circular que establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera para las actividades de transporte y distribución de electricidad, y regasificación, transporte y distribución de gas natural, cuya fecha previsible de trámite de audiencia es el 1 de diciembre de 2024 y de adopción el 31 de octubre de 2025. Esta circular —que modificará la Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la CNMC, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural (32)— se adoptará para establecer la tasa de retribución financiera para las actividades de transporte y distribución en el periodo regulatorio 2026-2031.

3. Toma de participaciones en el sector energético

La función de supervisión de la toma de participaciones en el sector energético, también conocida como «función decimocuarta», viene siendo utilizado

(29) Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica y Circular 6/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica. Ambas circulares publicadas en BOE núm. 304, de 19 de diciembre de 2019.

(30) Circular 9/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2019) y Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural (BOE núm. 93, de 03 de abril de 2020).

(31) Véase A. LEIVA (2020: 5-9).

(32) BOE núm. 279, de 20 de noviembre de 2019.

por el Gobierno dispuesto a bloquear transacciones económicas. En el momento de creación de la CNMC se estableció que el acto que debía realizar el sujeto titular de la transacción es el de una comunicación, en lugar de una autorización previa (como venía aplicándose hasta ese momento). Se trata, así, de una comunicación que tiene lugar una vez ejercida la operación en cuestión.

En el Proyecto de Ley de la CNE, en relación con esta función de supervisión de la toma de participaciones en el sector energético, existe, como novedad, un reparto de funciones (artículo 12): la CNE asumiría la instrucción y la propuesta y el MITERD llevaría a cabo la resolución con la adopción de condiciones, al tratarse de cuestiones de seguridad y orden público, pudiendo la CNE proponer al MITERD la adopción de medidas en casos de amenaza real y grave para la seguridad del suministro.

Una vez que tiene lugar la operación, las comunicaciones tienen que llegar a la CNE y el MITERD en un plazo de 15 días, pudiendo señalarse de forma motivada la parte de los datos o informaciones aportadas que se considera de transcendencia comercial o industrial, con el fin de que estos datos sean declarados como confidenciales. Tras esta comunicación, la propuesta de la CNE debe enviarse al MITERD de forma justificada en un plazo máximo de 30 días, a contar desde la comunicación. La resolución contendrá la adopción, en su caso, de condiciones, cuando existe una amenaza real y grave para la garantía del suministro, lo que debe ser notificado en plazo de 60 días desde la comunicación al ministerio. El plazo empezará a operar desde que el adquirente realiza la comunicación obligatoria. Y las condiciones que se establezcan deben respetar los principios de proporcionalidad y protección del interés general. Asimismo, cabe subrayar que el proyecto de ley sustituye la obligación del organismo regulador de elaborar un informe no vinculante acerca de las condiciones impuestas, lo que no parece muy acertado, ya que el informe constituye un elemento clave dentro del procedimiento.

4. Función arbitral

En septiembre de 2023 se elevó a trámite de audiencia pública la propuesta de Reglamento sobre el arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Una vez atendidas las alegaciones vertidas en este trámite, se promovió una segunda vuelta de consulta pública en el mes de febrero de 2024. Se planteó con el fin de dotar de mayor transparencia y predictibilidad a la institución del arbitraje, así como de fomentar el uso de este mecanismo de resolución de controversias entre operadores económicos (33). Así, en el mes de septiembre de 2024 se ha aprobado este reglamento, inclu-

(33) Veáse M.A. RODRÍGUEZ (2023: 1-3).

yendo algunas de las aportaciones que fueron recibidas en ambas consultas públicas.

Este Reglamento de arbitraje para resolver conflictos entre operadores tiene lugar como consecuencia de que el artículo 5.1 b) de la Ley de creación de la CNMC le atribuye al regulador (como ya venía sucediendo con la extinta Comisión Nacional de Energía) las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que les sean planteados por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje) (34), así como aquellas funciones de arbitraje que le sean encomendadas por las leyes, y sin perjuicio de las competencias que en esta materia pueda corresponder a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. La Ley de Arbitraje establece un sistema de arbitraje administrado. En este orden de cosas, la función arbitral se incluye en el Proyecto de Ley de la CNE en términos idénticos a lo establecido en el vigente artículo 5.1.b) de la Ley de creación de la CNMC, que fue desarrollado por el artículo 46 del Estatuto Orgánico de la CNMC, el cual reconoce la posibilidad de que la CNMC desempeñe la función de arbitraje institucional, incluso en relación con la designación de árbitros y la determinación de honorarios. A mayor abundamiento, el citado estatuto atribuye la competencia decisoria de la función arbitral al Consejo de la CNMC —artículo 8—, y concretamente asigna a la Secretaría del Consejo, y específicamente a la Asesoría Jurídica, la tramitación de los procedimientos arbitrales —artículo 11.1, letra c)—. En base a lo dispuesto en estas normas, la CNMC decidió aprobar el reglamento citado, por medio del cual se rige la tramitación de los procedimientos de arbitraje. La CNMC ha entendido que la práctica arbitral evidencia la necesidad de elaborar y aprobar este reglamento específico que regula el procedimiento arbitral.

El artículo 7.1.b) del Anteproyecto de Ley de la CNE hacía referencia a la Ley 60/2003 y preveía que el procedimiento arbitral se regulase a través de real decreto, ajustándose a los principios de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad. Sin embargo, de admitirse la figura del arbitraje, lo preciso es que no se encomiende su definición al real decreto, sino que más bien fuese la propia CNE la que definiese este procedimiento en su reglamento arbitral, ya que ello permite introducir mayor flexibilidad en el desarrollo del proceso. En este sentido, ha sido muy acertado que la redacción final del Proyecto de Ley de la CNE haya eliminado la regulación por real decreto, atribuyendo esta función a la propia CNE (artículo 10.1, letra b).

El ejercicio de la función arbitral no tendrá carácter público, como señala el artículo 5 de la Ley de creación de la CNMC. Destacadamente, la STSJ Madrid núm. 77/2016, de 20 de diciembre, reconoce expresamente que la

(34) BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

CNMC puede asumir la función arbitral de carácter privado. Se trata de un arbitraje de naturaleza privada que se configura como una función arbitral tradicional enmarcada en la Ley de Arbitraje, lo que implica que los laudos emitidos podrán ser invocados ante la jurisdicción civil. En este punto, entendemos que el órgano rector de la autoridad reguladora nacional tiene potestades de inspección y sanción que resultaría incompatibles con la de dictar laudos en el marco de esta función arbitral, motivo por el cual el sistema de arbitraje no debería contemplarse para el regulador. Asimismo, tampoco se comprende que a órganos colegiados de una entidad pública se les atribuya una función arbitral privada, ya que solo sería compatible que estos tuvieran atribuida una función arbitral de carácter público. Por todo ello, entendemos que la redacción del Proyecto de Ley de la CNE no debería incluir entre las funciones atribuidas a la CNE, para garantizar el correcto funcionamiento de los mercados y los sectores productivos, la relativa al arbitraje.

5. Emisión de informes

El Proyecto de Ley de la CNE ha introducido (artículo 10) una regulación más extensa en relación con la función de emisión de informes que la establecida en la vigente Ley de creación de la CNMC (artículo 5). De un lado, se regulan los informes sobre propuestas normativas y, de otro, los informes, solicitados por los departamentos ministeriales, sobre aspectos técnicos de los sectores energéticos.

En relación con los informes sobre propuestas normativas, se prevé la participación del regulador en el proceso de elaboración de normas a través de la emisión de informes preceptivos. Por otro lado, se prevé la participación del regulador en el proceso de elaboración de normas mediante su intervención potestativa, de la misma forma que podría participar cualquier ciudadano realizando alegaciones durante el proceso de elaboración de normas, ex artículo 133 LPACAP. Por tanto, se lleva a cabo una distinción que no observamos en el artículo 5 de la vigente Ley de creación de la CNMC.

Así las cosas, el proyecto establece que la CNE participará, mediante informe preceptivo y no vinculante, en el proceso de elaboración de normas o disposiciones que afecten a su ámbito competencial o a otras cuestiones sobre las que debe informar. Estos informes preceptivos se limitan a los casos en que se haya previsto en una norma legal o reglamentaria y su contenido tendrá el alcance que los propios departamentos ministeriales consultantes definan en sus solicitudes. Sobre este punto, entendemos que el proyecto de ley debería especificar los supuestos que habilitan a la CNE para emitir el informe preceptivo, dejando la remisión a otras normas legales o reglamentarias para otros supuestos adicionales a los que debieran estar previstos en la ley reguladora de la CNE. Tampoco es de recibo que el ministerio consultante delimite el

objeto del informe, ya que ello afectaría al régimen de independencia funcional del regulador, al tratarse de normas o disposiciones que afectan a su ámbito competencial o sobre cuestiones que deben ser informadas por el mismo.

Por su parte, en relación con el informe emitido a propia iniciativa del regulador dentro del proceso de elaboración de normas, convendría detallar que esta participación de la CNE se desarrolla a través de la facultad que tiene atribuida consistente en proponer la modificación de las normas en vigor a la vista de la situación de los sectores energéticos y la evolución de sus mercados, tal y como se establecía en la disposición adicional undécima de la LH.

6. Resolución de conflictos de acceso

Se observan numerosas funciones atribuidas a la CNE, pero lo cierto es que no se cuenta con recursos humanos suficientes para asumirlas. Estas carencias se evidencian en una materia tan relevante como la resolución de conflictos de acceso a las redes presentados por los operadores, ya que el regulador no los está resolviendo en el plazo establecido al efecto. Esta falta de agilidad en la respuesta afecta muy negativamente a las empresas y al sistema en general (35). Estos retrasos dificultarían el acceso transparente, objetivo y no discriminatorio a las redes, lo que supone desandar camino en el cumplimiento de objetivos climáticos definidos a nivel europeo y nacional (36). Así las cosas, sería conveniente dotar de mayor potencial humano a la autoridad reguladora.

La redacción inicial del anteproyecto de ley mencionaba (artículo 10) la función de resolución de conflictos en relación con el sector eléctrico y gasista, acogiendo así la regulación contenida en el artículo 12 de la Ley de creación de la CNMC. Es por ello que se echaba en falta un mayor ámbito competencial que afecte no solo al sector de la electricidad y el gas, sino también al sector de los hidrocarburos líquidos y al sector del hidrógeno. La propia LH, en su artículo 41.1.d), establece que la CNMC determinará, mediante circular, el procedimiento de comunicación de los conflictos de acceso que se susciten en las negociaciones de los contratos y en las solicitudes de acceso a las instalaciones de transporte o almacenamiento. Por tanto, el anteproyecto debía ser revisado, en aras de incluir la función de resolución de conflictos de la CNE en relación con las solicitudes y contratos sobre el acceso de terceros a las instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos, así como la resolución de conflictos de acceso a las instalaciones de hidrógeno. En este orden de cosas, la redacción final del proyecto de ley ha incluido —con acierto— un apartado específico —en el artículo 13— relativo a los

(35) A. ESTOA (2016: 2-8).

(36) A. LEIVA (2019: 25-33).

conflictos en relación con el acceso y conexión de terceros a las redes fijas de transporte y almacenamiento de los hidrocarburos líquidos. Sin embargo, habría sido conveniente incluir también la mención expresa a los conflictos de acceso a las instalaciones de hidrógeno.

Por otro lado, el apartado 2 del artículo 13 del proyecto se refiere al plazo de duración del procedimiento de resolución de conflictos de acceso. La CNE resolverá cualquier denuncia y adoptará, a petición de cualquiera de las partes, una resolución que resuelva el litigio a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la recepción de toda la información. Además, como novedad respecto a lo establecido en el anteproyecto, el proyecto de ley señala que este plazo de resolución de conflictos —para el caso de instalaciones de electricidad y gas natural— será de dos meses, prorrogables por otros dos cuando se solicita información adicional, pudiendo ampliarse esta prórroga con consentimiento del reclamante. Esto era necesario incluirlo, para adecuar el texto a lo establecido en el artículo 60.1 Directiva de MIE (37) y en el artículo 41.11 de la Directiva 2009/73/CE (38), de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (39).

Cabe subrayar que el anteproyecto señalaba que el plazo de duración del procedimiento podría ser de seis semanas cuando se diese el supuesto del artículo 12, letra f), de la Ley de creación de la CNMC, pero esta mención debía suprimirse, en tanto este precepto se refiere al sector ferroviario, y en concreto a la competencia de la CNMC para conocer y resolver reclamaciones que presenten las empresas ferroviarias y los restantes candidatos en relación con la actuación de distintos agentes protagonistas (administrador de infraestructuras ferroviarias, explotadores de instalaciones de servicio o prestadores de

(37) «*Toda parte que desee reclamar contra un gestor de la red de transporte o distribución en relación con las obligaciones de dicho gestor con arreglo a la presente Directiva podrá presentar la reclamación ante la autoridad reguladora, quien, en su calidad de organismo competente en la resolución de litigios, emitirá una decisión en los dos meses siguientes a la recepción de la reclamación. Ese plazo podrá prorrogarse por dos meses si la autoridad reguladora solicita información adicional. También podrá prorrogarse con el consentimiento del reclamante. Dicha decisión tendrá efecto vinculante a menos que sea revocada a raíz de un recurso y hasta el momento en que lo sea».*

(38) «*Toda parte que desee reclamar contra un gestor de la red de transporte, almacenamiento, GNL o distribución en relación con las obligaciones de dicho gestor con arreglo a la presente Directiva podrá presentar la reclamación ante la autoridad reguladora, quien, en su calidad de organismo competente en la resolución de litigios, emitirá una decisión en los dos meses siguientes a la recepción de la reclamación. Ese plazo podrá prorrogarse por dos meses si la autoridad reguladora solicita información adicional. También podrá prorrogarse con el consentimiento del reclamante. Dicha decisión tendrá efecto vinculante a menos que sea revocada a raíz de un recurso y hasta el momento en que lo sea».*

(39) DOUE núm. 211, de 14 de agosto de 2009.

servicio, empresas ferroviarias y otros candidatos). Por ello, ha sido acertada la eliminación de esta cuestión en el texto definitivo del proyecto de ley aprobado.

Por último, tampoco se observaba en la redacción del anteproyecto la delimitación de un plazo máximo para la interposición de los conflictos de acceso a las redes ante la CNE, siendo conveniente que se incluyese el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley de creación de la CNMC. En este sentido, el definitivo proyecto de ley ha establecido —con acierto— que las reclamaciones que soliciten la intervención de la CNE deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente. También se ha añadido que la CNE debe solicitar la información relevante e iniciar las consultas pertinentes con todos los agentes implicados dentro del plazo de un mes a contar desde la recepción de la reclamación.

V. CONCLUSIONES

Primera. El Gobierno ha iniciado la tramitación legislativa para el establecimiento de la Comisión Nacional de la Energía (CNE) con el objetivo de hacer frente a la emergencia climática y al proceso de transición ecológica. Se busca un regulador y supervisor específico de los mercados energéticos que incorpore la descarbonización de la economía a las funciones tradicionales de velar por la libre competencia y el adecuado funcionamiento del mercado desde la perspectiva del principio de eficiencia económica. En este orden de cosas, se actualizan las funciones del regulador y se refuerzan sus medios. Se busca, así, constituir una CNE como entidad de derecho público de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia, de naturaleza independiente y con funciones, objetivos, estructura y presupuesto propio. Las funciones que se pretenden asignar a la nueva CNE deben ser compatibles con el ejercicio independiente de las competencias propias de la autoridad reguladora nacional definidas en el Derecho de la Unión. Cada una de las funciones que se le atribuyen debe alinearse con los principios generales que inspiran el marco de actuación del regulador, así como con los recursos humanos, materiales y financieros que se le proporciona. Así pues, la atribución de nuevas funciones contenida en el proyecto de ley es bien recibida, aunque deberán adaptarse, llegado el momento, a las cuestiones relativas al sector del hidrógeno que se establezcan en la transposición de la directiva europea.

Segunda. El Gobierno planteó la Ministerio de Hacienda la posibilidad de que el presupuesto de la futura CNE fuese «estimativo» en lugar de «limitativo», pero esta petición fue declinada. Esto implica no ofrecer autonomía financiera suficiente a la futura CNE, ya que la Ley de Presupuestos del Estado

fijaría el gasto máximo que pueden asumir, a pesar de que la financiación de la CNE proviene de ingresos extrapresupuestarios (como los peajes energéticos). Por todo ello, es conveniente que la CNE tenga un presupuesto «estimativo», como así viene sucediendo con otras autoridades reguladoras de idéntica naturaleza (como la CNMV). Además, la propia normativa europea (Directiva de MIE) establece que estos organismos reguladores deben nutrirse de recursos financieros suficientes para desarrollar sus funciones de forma eficaz y eficiente, motivo por el cual deben contar con una dotación anual separada con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado. En cualquier caso, el trámite parlamentario ya se ha iniciado y, a pesar de que la posición del Ministerio de Hacienda es decisiva, cabe la posibilidad de que se introduzcan enmiendas que corrijan el texto del proyecto sobre este punto.

Tercera. La redacción inicial contenida en el anteproyecto propuso la creación del Fondo para la Gestión Económico-Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del Sector del Gas F.C.P.J. (FGLSEG), que se encargaría de la gestión y la liquidación de los sistemas eléctrico y gasista en relación con las actividades reguladas. En este punto, se podrían plantear dudas en relación con el sector gasista, ya que las liquidaciones se llevan a cabo, salvo excepciones, a través de la aprobación por parte del regulador de una matriz de cobros y pagos que originan transacciones entre los distintos agentes, sin que pase por cuentas operativas del organismo regulador. Finalmente, en la redacción del proyecto de ley se ha decidido no incluir la creación de este fondo.

Cuarta. Sobre la función relativa a la propuesta de la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte y distribución de electricidad, gas e hidrógeno, el proyecto de ley señala —con acierto— que estas retribuciones podrán incorporar incentivos, con signos positivos o negativos, a la mejora de la calidad de la atención de los usuarios de las infraestructuras de red, a la reducción de plazos de tramitación de solicitudes y al cumplimiento de objetivos de transición energética (artículo 11). En el anteproyecto de ley solo se aludía a la función de propuesta de metodología para el cálculo de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad y gas, si bien con la redacción del proyecto de ley se ha incluido —acertadamente— una nueva letra k) al artículo 11, referido específicamente a la retribución de las instalaciones de hidrógeno. Sin embargo, se echan en falta los incentivos a la prudencia financiera, que garantizarían un nivel adecuado de endeudamiento de las empresas. Esta referencia a los incentivos la localizamos actualmente en leyes sectoriales, pero con un contenido distinto al previsto en el proyecto. Así las cosas, es aconsejable que la futura ley permita a la CNE crear más incentivos, en aras de incrementar la eficiencia en las actividades de red. Además, en relación con esta fijación de la metodología, sería conveniente incluir la obligación de transparencia, de forma que la CNE se viese obligada

a hacer públicos los estudios, informes o dictámenes que le han servido de apoyo para adoptar estas metodologías.

Quinta. El proyecto de ley incluye funciones que la Ley de creación de la CNMC atribuye al Ministerio competente, pero que viene asumiendo la CNMC transitoriamente, en tanto no se traspasen medios materiales y humanos. En este punto, la función de incoación e instrucción de los expedientes sancionadores que debe resolver la Administración General del Estado debería eliminarse, ya que una Administración Independiente no debería tramitar expedientes que resuelve otra Administración distinta.

Sexta. En relación con la función arbitral atribuida a la futura CNE, entendemos que el órgano rector de la autoridad reguladora nacional tiene potestades de inspección y sanción que serían incompatibles con la de dictar laudos arbitrales. Por ello, el sistema de arbitraje no debería preverse para el organismo regulador. Tampoco es admisible que se atribuya una función arbitral de naturaleza privada a órganos colegiados de una entidad pública, ya que estos solo deberían asumir funciones arbitrales de carácter público.

Séptima. Sobre la función de emisión de informes, entendemos que el proyecto de ley debería especificar los supuestos que habilitarían a la futura CNE para emitir el informe preceptivo, sin que sea suficiente aducir que esto tendrá lugar cuando así venga establecido en otras normas legales o reglamentarias. El proyecto también establece que el ministerio consultante podrá delimitar el objeto del informe, pero ello afectaría al régimen de independencia funcional del regulador, al tratarse de normas o disposiciones que afectan a su ámbito competencial o sobre cuestiones que deben ser informadas por el mismo.

Octava. La redacción inicial del anteproyecto de ley debía ser revisada, ya que no incluía la función de resolución de conflictos de la CNE en relación con las solicitudes y contratos sobre el acceso de terceros a las instalaciones de transporte o almacenamiento de productos petrolíferos, así como tampoco la función de resolución de conflictos de acceso a las instalaciones de hidrógeno. Finalmente, el proyecto de ley aprobado ha incluido —con acierto— un apartado específico —en el artículo 13— relativo a los conflictos en relación con el acceso y conexión de terceros a las redes fijas de transporte y almacenamiento de los hidrocarburos líquidos. Sin embargo, habría sido conveniente incluir también la mención expresa a los conflictos de acceso a las instalaciones de hidrógeno. En relación con el plazo de resolución de conflictos, tampoco incluía el anteproyecto de ley mención al plazo de dos meses, prorrogables por otros dos, cuando se solicita información adicional —pudiendo ampliarse esta prórroga con consentimiento del reclamante—, cuando el conflicto de acceso es a las redes de transporte y distribución de electricidad y gas, de conformidad con lo establecido en la normativa europea. Así como tampoco incluía el anteproyecto de ley mención alguna al plazo máximo para la inter-

posición del conflicto. Por tanto, es positivo que el texto final del proyecto haya incluido estas cuestiones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA RÍOS, Juan José, BARQUÍN GIL, Julián, DÍAZ-OTERO NÚÑEZ, Mónica, MARTÍNEZ VILLAR, César y MORENO, Eduardo (2022): «El hidrógeno como vector para un sistema energético renovable», en *Economía Industrial*, núm. 424 (Ejemplar dedicado a: Hidrógeno Renovable), pp. 153-159.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María (2022): «Alumbrando el régimen jurídico para el hidrógeno renovable», en *Revista de estudios locales*, núm. 257, pp. 28-57.
- BALTEANU, Irina y VIANI, Francesca (2023): «La dependencia energética de la Unión Europea y de España», en *Boletín económico – Banco de España*, núm. 3, pp. 1-13.
- COMISIÓN EUROPEA (2022): Comunicación REPowerEU: *Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible*. Estrasburgo, 08 de marzo de 2022.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC): *Informe sobre el anteproyecto de Ley de restablecimiento de la Comisión Nacional de Energía, A.A.I., y de creación del Fondo para la Gestión Económico-Financiera de las Liquidaciones del Sector Eléctrico y del sector del gas, F.C.P.J.* Expediente n.º: IPN/CNMC/007/24. Madrid, 20 de marzo de 2024.
- ESTOA PÉREZ, Abel (2016): «Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 43, pp. 1-28.
- FERNÁNDEZ GÓMEZ, Jorge (2022): «Agregadores independientes de electricidad», en *Cuadernos de Energía*, núm. 70, pp. 32-43.
- FERRARI, Giuseppe Franco (2022): «Regulación del hidrógeno y de los gases renovables en la Unión Europea», en ALENZA GARCÍA, José Francisco y MELLADO RUIZ, Lorenzo (dirs.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Ed. Marcial Pons, pp. 223-244.
- GALERA RODRIGO, Susana y ORTIZ GARCÍA, Mercedes (2022): «Energía más allá del mercado: hacia un nuevo modelo energético», en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 214, 93 págs.
- GARCÍA ARENAS, Javier y SÁNCHEZ SOLIVA, Rita (2022): «REPowerEU o cómo acelerar la transición energética para sobrevivir en el nuevo contexto geopolítico», en *Informe Mensual – La Caixa*, núm. 283-471 (Ejemplar dedicado a: Europa en clave energética: de la guerra a la transición climática), pp. 27-28.

- GIMÉNEZ ELORRIAGA, Juan Carlos (2022): «El gas en Europa: en busca de la seguridad energética», en *Gas actual*, núm. 163, pp. 20-29.
- GONZÁLEZ GARCÍA-CONDE, Antonio (2022): «El hidrógeno en España: situación y estrategia», en *Economía industrial*, núm. 424, pp. 21-32.
- HANCHER, Leigh and DE HAUTECLOCQUE, Adrien (2024): «Strategic autonomy, REPowerEU and the internal energy market: untying the Gordian Knot», en *Common market law review*, vol. 6, núm. 1, pp. 55-91.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro D. (2020): «La retribución de las actividades reguladas del sector eléctrico en un nuevo escenario regulatorio», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, pp. 1-32.
- (2019): «Los conflictos de acceso de instalaciones de generación renovable a las redes de electricidad en el actual escenario regulatorio», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, pp. 1-35.
- MAÑÉ ESTRADA, Aurèlia (2023): «El Plan REPowerEU bajo el prisma de los fundamentos de la política energética europea», en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 930 (Ejemplar dedicado a: Autonomía estratégica), pp. 157-171.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2023): «Marco jurídico actual y futuro de la industria del hidrógeno en la Unión Europea: transición energética e hidrógeno verde», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 125, pp. 17-42.
- RODRÍGUEZ PARAJA, María Ángeles (2023): «La propuesta de Reglamento arbitral de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», en *La Ley. Mediación y arbitraje*, núm. 17, pp. 1-14.
- (2021): «Novedades introducidas por el Reglamento UE 2019/942, de 5 de junio de 2019, en el funcionamiento de la agencia para la cooperación de los reguladores de la energía», en LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente (dir.), *Derecho de la energía y el Clean Energy Package*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 179-196.
- SUÁREZ SARO, Joaquín (2009): «Oficina de Cambios de Suministrador», en SALA ATIENZA, Pascual (dir.), *Temas de derecho energético*, Ed. Bosch, pp. 227-236.

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA REGULARIZACIÓN DEL USO Y CONSUMO DEL CANNABIS Y SUS CANNABINOIDES EN ESPAÑA^(*)^()**

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO

Profesor Titular (acred.) Derecho administrativo
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO. I. ACERCA DEL CANNABIS: CANNABINOIDES, ADMINISTRACIÓN Y EFECTOS.– II. EL CONSUMO DE CANNABIS EN ESPAÑA.– III. REGULACIÓN LEGAL DEL CANNABIS COMO ESTUPEFACIENTE Y PSICOTRÓPICO.– IV. ASPECTOS LEGALES DEL CULTIVO DEL CANNABIS EN ESPAÑA.– V. REGULACIÓN DE LOS USOS DEL CANNABIS Y SU COMERCIALIZACIÓN: 1. *El cannabis en la industria alimentaria.* 2. *El cannabis en la industria cosmética.* 3. *Cannabis y usos terapéuticos: el cannabis medicinal.* 4. *Problematización en torno a la venta y comercialización de productos de cannabis en la Unión Europea: Sentencia Kanavape y su incidencia en el uso del CBD.*– VI. PROBLEMÁTICA LEGAL EN TORNO AL CONSUMO PROPIO.– VII. CONSUMO COMPARTIDO: CLUBES SOCIALES DE CANNABIS.– VIII. HACIA UNA REGULACIÓN INTEGRAL Y CONTROL DEL CANNABIS EN PERSONAS ADULTAS.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La regulación legal del cannabis en España ha generado en los últimos años un gran debate jurídico y social. La especial peculiaridad de esta planta como consecuencia de la presencia de distintas sustancias químicas denominadas cannabinoides conlleva su tratamiento legal desde dos facetas, la de estupefaciente y psicotrópico. Esta situación conlleva la aplicación de rigurosas medidas de control y fiscalización, hecho que choca con una importante corriente social que aboga por la flexibilización en su regulación. En este estudio se tratará toda esta problemática y los avances normativos al respecto.

Palabras clave: *Cannabis sativa L; cannabinoides; Tetrahydrocannabinol; Cannabidiol; THC; CBD; kanavape.*

ABSTRACT: *The legal regulation of cannabis in Spain has generated a great legal and social debate in recent years. The special peculiarities of this plant as a result of the*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 16/09/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 20/11/2024.

(**) Publicación asociada al proyecto PID2021-127828NB-I00: INNOVACION PARA UNA SALUD DE VANGUARDIA: COMPRA PUBLICA, TECNOLOGIA, SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y FACTORES SOCIOECONOMICOS (IN-SALVAN) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

presence of different chemical substances called cannabinoids entails its legal treatment from two facets, that of narcotic and psychotropic. This situation entails the application of rigorous control and inspection measures, a fact that clashes with an important social current that advocates for greater flexibility in its regulation. This study will address all of this problem and the regulatory advances in this regard.

Key words. *Cannabis sativa L, cannabinoids, Tetrahydrocannabinol, Cannabidiol, THC, CBD, kanavape.*

I. ACERCA DEL CANNABIS: CANNABINOIDES, ADMINISTRACIÓN Y EFECTOS

Torna necesario en primer lugar explicar las peculiaridades que giran en torno a la planta del cannabis para entender toda la problemática concerniente a su cultivo, consumo y comercialización. En este sentido, la planta *Cannabis sativa L.* (*Cannabaceae*) destaca por sus múltiples usos. En su composición química destaca la presencia de una gran cantidad de cannabinoides, más de cien, de los que ha de destacarse tanto el tetrahydrocannabinol (THC), como el cannabidiol (CBD), que son los dos componentes cannabinoides más importantes. Cuando nos referidos al THC, hay que señalar la existencia de los compuestos delta-9-THC (Δ -9-Tetrahidrocannabinol) y el delta-8-THC, siendo el más potente y abundante el delta-9-THC y, por tanto, el principal cannabinoide activo en cannabis ya que el delta-8-THC no se encuentra en cantidades significativas en la planta de cannabis.

Al THC y CBD habría que sumar otros cannabinoides como son el CBN (cannabinol), que al igual que el CBD es un cannabinoides no psicotrópico, si bien la planta de cannabis no lo genera directamente, sino que se produce pasivamente cuando el THC se degrada por efecto de la luz o el calor. No obstante, no son los únicos ya que con el transcurso de los años se van identificando otros cannabinoides menores. Así, se puede hacer referencia al tetrahidrocannabitol (THCB); el tetrahydrocannabioctyl (THCJD); el tetrahidrocannabinol (THCH), el tetrahidrocannabiforol (THCP) o el THCV (tetrahidrocannabivarina) (1). Debe tenerse en cuenta que estos cannabinoides son menores y se encuentran en baja concentraciones, siendo difíciles obtener. Es por ello que suelen producirse sintéticamente a través de la isomerización de otros cannabinoides más fáciles de obtener, como el CBD. Lo mismo ocurre con el hexahidrocannabinol (HHC), que es un cannabinoides semisintético que se encuentra en muy bajas concentraciones en las semillas de cannabis y que se origina esencialmente al añadir moléculas de hidrógeno al Delta-9-THC, hidrogenándose por tanto el THC en HHC. Por su

(1) Caprioglio *et al.* (2022), Roger Adams *et al.* (1942), Citti *et al.* (2019), Martin *et al* (1999), Linciano *et al* (2020).

parte, el HHC cuenta con dos versiones, el HHC-9R y el HHC-9S, teniendo el primer efecto parecidos al THC. Además, el HHC presenta varias formas como el HHC-P, que se produce al agregar moléculas adicionales al HHC y el HHC-O (hexahidrocannabinol-O-acetato), conformado a través de añadir anhídrido acético al HHC.

Por lo que respecta a cómo se administra o toma el cannabis, se pueden identificar dos modos, en concreto, por boca o por inhalación. Cuando se consume por la boca, la principal parte psicoactiva del cannabis (delta-9-THC) pasa por el hígado, descomponiéndose en moléculas denominadas metabolitos y convirtiéndose en un producto químico psicoactivo distinto, el 11-Hydroxy-THC o 11-OH-THC, que es el principal metabolito activo del THC siendo también psicoactivo. Por contra, cuando el cannabis se fuma y se inhala, los cannabinoides pasan por los pulmones y entran rápidamente en el torrente sanguíneo, produciéndose cantidades más pequeñas del producto químico psicoactivo (11-OH-THC) que cuando se toma por la boca.

Como se ha señalado anteriormente, el cannabis contiene más de cien cannabinoides los cuales se unen a receptores específicos del organismo. En concreto, hay que señalar los receptores cannabinoides CB1 y CB2, que son los dos principales receptores que componen el sistema endocannabinoide siendo este, en sencillas palabras, un sistema de comunicación intercelular. Los receptores CB-1 se encuentran principalmente en el cerebro (principalmente en el hipocampo, los ganglios basales, el córtex y el cerebelo) y también en órganos periféricos, véase en los adipocitos, el hígado, los pulmones, la musculatura lisa, el tracto gastrointestinal, las células pancreáticas β , el endotelio vascular, los órganos reproductivos, el sistema inmunológico, los nervios periféricos sensoriales y en los nervios simpatéticos (2). Los receptores CB1 son el principal objetivo del THC, activando dicho receptor para posteriormente al unirse a él, producir diversos efectos en el cuerpo que posteriormente comentaremos. Por su parte, los receptores CB2 se encuentran principalmente en el sistema nervioso periférico y en las células del sistema inmunitario.

Acerca de las propiedades de los cannabinoides, el THC, al ser un componente psicoactivo, produce efectos relacionados con la alteración de la percepción y modificación del estado de ánimo debido a la activación de los receptores CB1 en el cerebro (3). No obstante, también presenta distintas propiedades terapéuticas, algunas de ellas discutidas, destacándose, por ejemplo, la analgésica, antiinflamatoria, neuroprotectora, antioxidante, relajante muscular, antiemética y antináusea o antitumoral. Ello hace que se utilice en el tratamiento de distintas

(2) Véase Fundacion-Canna (2024b), en concreto el CB1 está presente en el cerebro (hipocampo, ganglios basales, córtex, cerebelo, amígdalas, hipotálamo, núcleo accumbens, tálamo, materia gris periapeduncular, médula espinal, telencéfalo y diencéfalo), pulmones, sistema vascular, músculos, tracto gastrointestinal, órganos reproductivos.

(3) Díaz *et. al.* (2019).

enfermedades como el Parkinson y la esclerosis múltiple, el dolor crónico o el tratamiento antitumoral. Por su parte, el CBD destaca por su aplicación en los casos la ansiedad y alivio del dolor sin los efectos psicoactivos del THC, destacándose sus finalidades terapéuticas como la analgésica, neuroprotectora, antitumoral, ansiolítica o inmuno-modulador, entre otras, hecho por el cual se utiliza en el tratamiento de múltiples enfermedades. Con ello, el THC es el cannabinoides más conocido por sus efectos psicoactivos y, por ende, por producir alteraciones en las funciones cognitivas, pero el CBD también es popular por sus finalidades terapéuticas. Conviene incidir en los efectos psicotrópicos de los cannabinoides, aunque hay algunos que no son psicoactivos (véase el CBD o el CBG), remarcándose que la psicoactividad (4) de estos componentes, como veremos, es esencial de cara al estudio de legalidad en la comercialización y de ahí toda la problemática que gira en torno al THC.

Por otra parte, hay que tener presente que estos cannabinoides también entrañan ciertos riesgos. En este sentido, se han identificado ciertos efectos dañinos como consecuencia de su consumo, habiéndose relacionado, a nivel de salud mental, con la aparición de psicosis, trastornos afectivos, trastornos de ansiedad, juego patológico, trastornos de personalidad y dependencia al cannabis, además de trastornos mentales, enfermedades médicas, lesiones intencionadas y no intencionadas, problemas de salud materno-infantil perinatales o consecuencias psicosociales (véase detrimento del rendimiento académico o violencia física en adolescentes y jóvenes) (5).

II. EL CONSUMO DE CANNABIS EN ESPAÑA

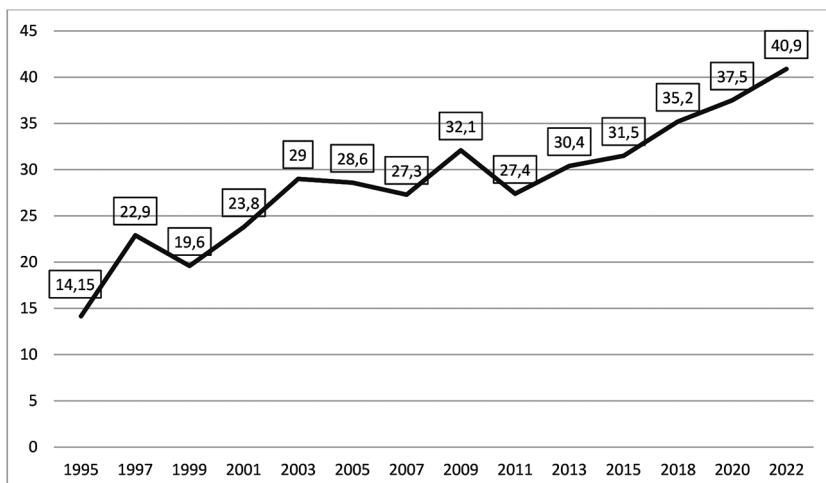
Para dar una visión general del consumo en España resulta pertinente acudir a la Encuesta sobre Alcohol y Drogas en España» (EDADES), completándose estos datos con la Encuesta sobre uso de drogas en Enseñanzas Secundarias en España (ESTUDES). Con respecto a EDADES, el informe de 2023 señala que el cannabis es la sustancia ilegal con mayor prevalencia de consumo en España entre la población de 15 a 64 años. Así, en 2022, el 40,9% reconoce haber consumido cannabis alguna vez en la vida, habiéndose incrementado su consumo en los últimos años (gráfico 1). Profundizando en estos datos, también en 2022, el 10,6% dice haber consumido cannabis en los últimos 12 meses; el 8,6% en los últimos 30 días y el 2,8% a diario en el último mes. Respecto a este último dato, hay que resaltar que el consumo diario se ha incrementado a un 2,8% en 2022 desde el 1,7% identificado en 2007.

(4) Casajuana Kögel *et al.* (2018).

(5) Véase el estudio en profundidad recogido en la guía clínica del cannabis editada por SOCIDROGALCOHOL (2022).

Por lo que respecta al perfil de consumidor, de la encuesta se extrae que los hombres consumen más cannabis que las mujeres, situándose la edad media de inicio de consumo ligeramente por encima de los 18 años, siendo el rango de la edad de prevalencia del consumo mayor en el grupo de 15 a 24 años. Además, esta encuesta refleja que el 22,6% de los jóvenes de esta edad consumieron cannabis en los últimos 12 meses (27,2% de los chicos y 17,8% de las chicas), el 17,1% en los últimos 30 días (21,5% de los chicos y 12,5% de las chicas) (6).

Gráfico 1. Prevalencia de consumo de cannabis (%) en la población de 15-64 años. España, 1995-2022.



Fuente: Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (2023)

En cuanto a la encuesta ESTUDES, se muestra que el cannabis es la sustancia psicoactiva más consumida entre los estudiantes de 14 a 18 años. En 2023, un 26,9% admite haber consumido alguna vez en su vida. En cuanto al consumo en los últimos 12 meses, el 21,8% de los estudiantes afirmaba haberlo consumido (22,2% en 2021), descendiendo al 15,6% los que confirmaban un consumo de cannabis en los últimos 30 días (14,9% en 2021) y al 1,3% los que lo consumían a diario en el último mes (1,6% en 2021) (7).

(6) Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre drogas (2023). Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (2023).

(7) Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre drogas (2023b). Por otra parte, el informe dice que el consumo de cannabis está más extendido entre los chicos, siendo las únicas excepciones entre los alumnos de 14 años donde se registran prevalencias más altas entre las chicas en todos los tramos de consumo analizados.

III. REGULACIÓN LEGAL DEL CANNABIS COMO ESTUPEFACIENTE Y PSICOTRÓPICO

La regulación legal del cannabis en España gira en torno a la aplicación de diferente normativa que, como veremos a continuación, no es reciente y, por ende, se ha discutido acerca de si realmente recoge una visión adecuada del cannabis dados los avances en su estudio y aplicaciones.

El cannabis es considerado una sustancia estupefaciente. Dicha conclusión se extrae de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, la cual fue firmada y ratificada por España el 3 de febrero de 1966. Acudiendo a la misma, lo primero que se debe destacar es la delimitación conceptual hecha del cannabis en su art. 1, entendiendo por tal «las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe». A ello, se añade la definición de planta de cannabis, de la que se entiende «toda planta del género cannabis» y la de resina de cannabis, en concreto, «la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis». De estas definiciones destaca, ante todo, el hecho de la exclusión de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades, hecho que adquiere un papel relevante, como se analizará más adelante, de cara a legalidad en cuanto a su utilización en productos. Si bien, la definición de sumidades no aparece en la Convención, acudiendo a la dada por la RAE, puede entenderse que es el ápice o extremo más alto de la planta, es decir, lo que comúnmente se conoce como «cogollos».

No obstante, el aspecto más importante son las consecuencias de la inclusión del cannabis en las listas de estupefacientes o preparados que se anexan a la Convención. En concreto la Convención cuenta con cuatro listas (I, II, III, IV), incluyéndose al cannabis en la enumeración de estupefacientes de la Lista I, teniéndose que señalar el hecho de que hasta diciembre de 2020 también estaba incluido en la Lista IV. Como se indica, el cannabis, resina de cannabis y los extractos y tinturas de cannabis se encuentran dentro del listado de estupefacientes recogido en la lista I, en la que se incluyen sustancias estupefacientes muy adictivas o de probable uso indebido, o que se pueden convertir en estupefacientes que son igualmente adictivos y de probable uso indebido y que son sometidas a rigurosas medidas de control y fiscalización (8). Terminológicamente, tanto el cannabis,

(8) Junta internacional de fiscalización de estupefacientes de Naciones Unidas (2005). Se entiende que son estupefacientes, las sustancias enumeradas en las Listas I y II. Por otra parte, las sales, los isómeros y las sales de los isómeros de estupefacientes incluidos en la Lista I y II están sujetos a la misma fiscalización que los propios estupefacientes. Además, los ésteres, éteres y las sales de ésteres y de éteres de los estupefacientes que figuran en la Lista I también están sujetos a fiscalización. Aunque no afecta al cannabis, la Lista II incluye sustancias

como la resina, quedan definidos en la Convención, hecho que no ocurre con los extractos y tinturas, los cuales podemos asociar a las preparaciones que se producen mediante la aplicación de disolventes al cannabis.

Por su parte, el cannabis y su resina se encontraban hasta diciembre de 2020 incluidas también en la lista IV, hasta que la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas, en su Decisión 63/17, decidió su exclusión de dicha lista (9). Este hecho es importante dado que en la lista IV se incluye a determinados estupefacientes enumerados en la Lista I que están considerados como particularmente nocivos por sus propiedades adictivas y por su potencial de uso indebido. La inclusión de los estupefacientes en esta lista hace que, por sus particularidades, las sustancias se encuentren sujetas a medidas especiales de fiscalización por los países y que se utilicen raramente en la práctica médica, posibilitándose en la Convención el que los países decidan prohibir los estupefacientes de la Lista IV, si lo estiman necesario (10).

Acerca del porqué de esta exclusión, cabe remitirse a la revisión hecha por parte de la Comisión de Estupefacientes de la ONU de una serie de recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud sobre la marihuana y sus derivados, la cual a su vez era resultado de una de revisión plurianual llevado a cabo por el Comité de Expertos en Farmacodependencia (ECDD), un órgano asesor científico independiente de la OMS. En concreto, se trataban de seis interesantes recomendaciones (ECDD, 2019); suprimir el cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención de 1961; añadir el

que son menos adictivas y cuyo uso indebido es menos probable que las de la Lista I. A su vez, la Lista III incluye preparados que contienen estupefacientes que están destinados a usos médicos legítimos y que están compuestos de tal forma que no es posible que el preparado sea objeto de uso indebido ni que se pueda extraer fácilmente el estupefaciente de base.

(9) En concreto, En su primera sesión, celebrada el 2 de diciembre de 2020, la Comisión de Estupefacientes decidió en votación nominal por 27 votos contra 25 y 1 abstención retirar el cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 197211. El resultado de la votación fue el siguiente: Votos a favor: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chequia, Colombia, Croacia, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Italia, Jamaica, Marruecos, México, Nepal, Países Bajos, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Uruguay. Votos en contra: Afganistán, Angola, Argelia, Bahréin, Brasil, Burkina Faso, Chile, China, Côte d'Ivoire, Cuba, Egipto, Federación de Rusia, Hungría, Iraq, Japón, Kazajistán, Kenia, Kirguistán, Libia, Nigeria, Pakistán, Perú, Togo, Turkmenistán, Turquía. Abstención: Ucrania.

(10) Véase el art. 2.5.b de la Convención que referido a los estupefacientes de la Lista IV establece que «Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes, si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos, con excepción de las cantidades necesarias únicamente para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Parte o estén sujetos a su vigilancia y fiscalización directas».

dronabinol y sus estereoisómeros (delta-9-tetrahidrocannabinol) a la Lista I de la Convención de 1961 y eliminarlo de la Lista II de la Convención de 1971, sujeto a la adopción por parte de la Comisión de la recomendación de agregarlo a la Lista I de la Convención de 1961; agregar el THC (isómeros del delta-9-tetrahidrocannabinol) a la Lista I de la Convención de 1961, sujeto a que la Comisión apruebe la recomendación de agregar el dronabinol y sus estereoisómeros a la Lista I de la Convención de 1961 y eliminar el THC de la Lista I de la Convención de 1971, sujeto a la adopción de la recomendación para agregarlo a la Lista I de la Convención de 1961; eliminar los extractos y tinturas de cannabis de la Lista I de la Convención de 1961; añadir una nota a pie de página a la entrada correspondiente al cannabis y la resina de cannabis en la Lista I de la Convención de 1961 para que diga «Los preparados que contengan predominantemente cannabidiol y no más del 0,2% de delta-9-tetrahidrocannabinol no están bajo fiscalización internacional»; añadir a la Lista III de la Convención de 1961 las preparaciones que contengan delta-9-tetrahidrocannabinol (dronabinol), producidas por síntesis química o como preparaciones de cannabis que se combinen como preparaciones farmacéuticas con uno o más ingredientes distintos y de tal manera que el delta-9-tetrahidrocannabinol (dronabinol) no puede recuperarse por medios fácilmente disponibles o en un rendimiento que constituya un riesgo para la salud pública.

Este conjunto de recomendaciones suponía una reinterpretación muy importante de cómo debía regularse el cannabis. Al respecto, en el marco de la Unión Europea se emitió, por ejemplo, la Decisión (UE) 2021/3 del Consejo del 23 de noviembre de 2020, en la que se establecía la posición a adoptar por los Estados que son miembros de la Comisión de Estupefácientes (CND). Así, de esa Decisión se podía extraer la conformidad en la exclusión del cannabis y la resina de cannabis de la Lista IV de la Convención o la negativa a la introducción de la nota referida al CBD para su exclusión de la fiscalización internacional (11).

(11) Decisión (UE) 2021/3 del Consejo del 23 de noviembre de 2020, sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la continuación del 63º período de sesiones de la Comisión de Estupefácientes en relación con la inclusión del cannabis y las sustancias relacionadas con el cannabis en las listas de la Convención Única de 1961 sobre Estupefácientes, enmendada por el Protocolo de 1972, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. El posicionamiento era el siguiente; (1) el cannabis y la resina de cannabis se suprimirán de la Lista IV de la Convención sobre Estupefácientes (siguen estando enumerados en la Lista I de esa Convención.) ; (2) el dronabinol y sus estereoisómeros (delta-9-tetrahidrocannabinol) deben añadirse a la Lista I de la Convención sobre Estupefácientes y, si se adopta esa recomendación, deben eliminarse de la Lista II del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; (3) el tetrahidrocannabinol (isómeros del delta-9-tetrahidrocannabinol) se añadirá a la Lista I de la Convención sobre Estupefácientes, sujeto a la adopción por la CND de la recomendación de añadir el dronabinol y sus estereoisómeros (delta -9-tetrahidrocannabinol) a la Lista I de la Convención sobre Estupefácientes y, si se adopta esa recomendación, se eliminará de la Lista I

El resultado principal de la reunión de la Comisión de Estupefacientes fue que en su Decisión 63/17 se decidiera la eliminación del cannabis de la Lista IV, manteniéndose, eso sí, en la lista I; además, del rechazo a que los preparados que contengan predominantemente cannabidiol y no más del 0,2% de delta-9-tetrahidrocannabinol no estuvieran bajo fiscalización internacional. Con ello, la situación actual, atendiendo a su encuadre en la lista I, es que las partes fiscalizadas del cannabis son las sumidades floridas o con fruto (cannabis), resina de cannabis, extractos y tinturas de cannabis. Por el contrario, no estarían fiscalizadas las raíces, semillas, tallos, hojas no unidas a las sumidades floridas, esquejes y plantas sin sumidades floridas, extractos y tinturas de estas partes (12).

En el caso de España, la regulación del cannabis hay que vincularla con la aplicación de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas (13). Con los cambios del encuadre del cannabis en las listas de la Convención, la figura del cannabis en España ha sufrido un cambio importante, al mantenerse la consideración de estupefaciente de conformidad con lo expuesto en el art. 2, que asocia esta hecho a las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II del Convenio de 1961 (14), pero ya no sería de aplicación lo expuesto en

del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; (4) se suprimiría el término «extractos y tinturas» de la Lista I de la Convención sobre Estupefacientes; (5) no debe añadirse a la entrada correspondiente al cannabis y la resina de cannabis en la Lista I de la Convención sobre Estupefacientes la nota a pie de página que dice «Las preparaciones que contienen predominantemente cannabidiol y no más del 0,2 por ciento de delta-9-tetrahidrocannabinol no están sujetas a fiscalización internacional»; (6) No se añadirán a la Lista III de la Convención sobre Estupefacientes las preparaciones producidas por síntesis química o como preparación de cannabis, que se combinan como preparaciones farmacéuticas con uno o más ingredientes adicionales y de tal manera que el delta -9-tetrahidrocannabinol (dronabinol) no pueda recuperarse por medios fácilmente disponibles o en un rendimiento que constituya un riesgo para la salud pública.

(12) *Vid. Fernández Matellano (2022).*

(13) Más en concreto, el marco normativo acerca de los estupefacientes en España se estructura en torno a la siguiente normativa: Ley 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes, que adapta la legislación española a lo establecido en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas; Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional; Real Decreto 1675/2012, de 14 de diciembre, por el que se regulan las recetas oficiales y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano y veterinario; Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre, por el que se somete a ciertas restricciones la circulación de productos psicotrópicos y estupefacientes; Orden de 7 de mayo de 1963 por la que se dictan normas para el cultivo de plantas medicinales relacionadas con los estupefacientes.

(14) Se completa diciendo «y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca».

el art. 2.2 al excluirse de la lista IV, es decir, la consideración de artículos o géneros prohibidos y por tanto el no ser objeto de producción, fabricación, tráfico, posesión o uso, con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad. No obstante, la inclusión del cannabis en la lista I de la Convención conlleva también limitaciones. Por ejemplo, según lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, se considerarán prohibidos cualquier género de propaganda, la formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras de estupefacientes incluidos en la Lista I y de aquellos otros que acuerde el Servicio, salvo que se efectúen con la debida autorización e intervención. Por otra parte, la norma introduce interesantes disposiciones acerca del cultivo de plantas destinados a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales; de la fabricación de estupefacientes; el tráfico ilícito; la posesión, uso y consumo; los toxicómanos o lo relativo a las infracciones y de su corrección.

Como se ha señalado anteriormente, el análisis del cannabis hay que hacerlo desde el punto de vista de sustancia estupefaciente y psicotrópica. En lo relativo a sustancias psicotrópicas, torna necesario acudir al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, el cual fue ratificado por España el 20 de julio 1973. Al igual que ocurre con la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 recoge diferentes listas, en concreto cuatro, respecto a las cuales, ha de entenderse como sustancia psicotrópica a cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural incluido en estas listas, aplicando sobre ellas diferentes medidas de fiscalización. En lo que respecta al cannabis, en la lista I se contiene a los Tetrahidrocannabinol (diferentes isómeros y sus variantes estereoquímicas) (15), además de incluirse al dronabinol (*trans*-9-tetrahidrocannabinol) en la lista II (16). Resumiendo lo anterior, las medidas de fiscalización dependerán del encuadre de la sustancia, siendo restrictivas en el caso de lista I, véase, por ejemplo, el hecho de que se prohíba todo uso, excepto el que, con fines científicos y médicos muy limitados, hagan personas debidamente autorizadas en establecimientos médicos o científicos, que estén bajo la fiscalización directa de sus gobiernos o expresamente aprobados por ellos; o el que se exija que

(15) En concreto: 7,8,9, 10-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3pentil-6H-dibenzo[b,d]pirano-1-01; (9R, 1OaR)-8,9, 10, 1Oa-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6Hdibenzo[b,d]pirano-1-01; (6aR, 9R, 1OaR)-6a,9, 10,1Oa tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil6H-dibenzo[b,d]pirano-1-01; (6aR, 1 OaR)-6a,7, 10,1 Oa-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6Hdibenzo[b,d]pirano-1-01; 6a,7,8,9-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3pentil-6H-dibenzo[b,d] pirano 1-01; (6aR, 1OaR)-6a,7,8,9,10,1Oahexahidro-6,6-dimetil-9metileno-3-pentil-6H-dibenzo [b, d]pirano-1-ol.

(16) En denominación química: 6aR, 1OaR)-6a,7,8, 1Oa-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6Hdibenzo[b,d] pirano-1-ol.

la fabricación, el comercio, la distribución y la posesión estén sometidos a un régimen especial de licencias o autorización previa o la prohibición a la exportación e importación, salvo excepciones (art. 7).

El Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación (17), sigue los pasos de dicho Convenio. Así, la norma contiene cuatro listas en su anexo I en las que se incluyen los diferentes estupefacientes, además de una «Relación de sustancias no incluidas en dichas Listas» en el anexo II. Al igual que recoge el Convenio, en la lista I se contiene a los Tetrahidrocannabinóleos (18), además de incluirse al dronabinol (delta-9-THC y sus variantes estereoquímicas) en la lista II (19). En la norma debe atenderse a las diferentes medidas de fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación aplicables a las sustancias, según su inclusión en alguna de las listas; no obstante, las más restrictivas se dan en el caso de la inclusión en la lista I. Así, el art. 2.1 establece la prohibición del uso, la fabricación, importación, exportación, tránsito, comercio, distribución y tenencia, así como la inclusión en todo preparado de las sustancias incluidas en la Lista I, abriéndose la puerta, previa autorización, si se pretendiera utilizar estas sustancias para fines científicos. A este respecto, siguiendo a Fernández Matellano (2022), se consideran psicótropos fiscalizados, véase cannabinoides obtenidos por síntesis química, los siguientes: Δ9-THC (Dronabinol), además de isómeros THC: Δ6a(10a)-THC, Δ6a(7)-THC, Δ7-THC, Δ8-THC, Δ10-THC, Δ9(11)-THC. Por su parte, el CBD y otros cannabinoides minoritarios no lo estarían.

IV. ASPECTOS LEGALES DEL CULTIVO DEL CANNABIS EN ESPAÑA

Como se ha analizado anteriormente, el Cannabis, la resina de Cannabis y los extractos y tinturas se encuentran dentro del listado de estupefacientes recogido en la lista I de la Convención Única, en la que se incluye a sustancias estupefacientes sometidas a rigurosas medidas de control y fiscalización. No obstante, existe una exclusión y es que la Convención no se aplica al cultivo de la planta de cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas (art. 28). Por otra parte, la Convención posibilita el cultivo fiscalizado de esta

(17) Regulación que se completa con el Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre, por el que se somete a ciertas restricciones la circulación de productos psicotrópicos y estupefacientes y la Orden de 14 de enero de 1981, por la que se desarrolla el Real Decreto 2829/1977.

(18) Véase 1-hidroxi-3-pentil-6a,7,10a-tetrahidro-6,6,9trimetil-6Hdibenzo(b,d)pirano.

(19) En concreto, (6aR, 10aR)-6a,7,8,10a-tetrahidro-6,6,9-trimetil-3-pentil-6H-dibenzo [b,d]pirano-1-ol.

planta al señalarse que, si una parte firmante permite el cultivo de la planta del cannabis para producir cannabis o resina de cannabis, debe aplicar a ese cultivo el mismo sistema de fiscalización establecido para la adormidera. No obstante, aunque se recoge esta posibilidad, la Convención hace especial hincapié en que los Estados parte de la Convención adopten las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta de la cannabis. Además, no hay que obviar lo dispuesto en el art. 22 que, relativo al cultivo, establece que cuando a juicio de un país la prohibición del cultivo de la planta de la cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo, además de adoptar las medidas apropiadas para secuestrar cualquier planta ilícitamente cultivada y destruirla, excepto pequeñas cantidades requeridas por la Parte para propósitos científicos o de investigación.

En el caso de España, teniendo como base la Convención, la regulación del cultivo se contiene en la anteriormente mencionada Ley 17/1967, de 8 de abril. De esta Ley se extrae la necesidad de autorización para el cultivo y la producción, por lo que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de ésta (20). Esta autorización recae en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) (21) y se exceptúa con respecto al cultivo de la planta de cannabis destinada a fines industriales, siempre que carezca del principio activo estupefaciente (art. 9), matiz este último que no se recogía en la Convención. De todos modos, de este precepto hay otro aspecto también destacable y es que la Ley no exceptúa la finalidad hortícola, situación que sí que recoge la Convención. Esto conlleva a que la finalidad hortícola del cáñamo u ornamental no está permitida.

Como se señala, la autorización se asocia al cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes con fines de investigación, con fines médicos o que puedan producir estupefacientes para la obtención de los lotes necesarios para la validación del proceso de fabricación de principios activos estupefacientes con fines médicos. Debe remarcarse que el cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes requieren de autorización previa de la AEMPS, circunstancia que afecta al cultivo de cáñamo, con independencia de su porcentaje en THC, cuando se pretende la extracción de cannabinoides.

(20) Complétese con la Orden de 7 de mayo de 1963 por la que se dictan normas para el cultivo de las plantas medicinales relacionadas con los estupefacientes.

(21) Véase Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal «Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios» y se aprueba su Estatuto. En concreto, a través de las funciones y responsabilidades estatales de inspección y control en materia de tráfico y uso lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (art. 7.27 del Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre).

Por otra parte, el cultivo de cáñamo, destinado a la producción industrial que no requiere autorización previa de la AEMPS, debe cumplir con una serie de requisitos. En primer lugar, el cultivo sólo puede destinarse a la obtención de fibra, grano o semillas. Asimismo, con respecto a las semillas, deben utilizarse semillas certificadas de variedades inscritas en el Catálogo común de variedades de especies de plantas agrícolas de la Unión Europea, o de variedades que cuentan con una Autorización Provisional de Comercialización (APC) (22) y tener menos del 0,3% de THC (23). Este porcentaje es un aspecto interesante ya que se establece esencialmente para evitar el cultivo de sustancias estupefacientes y así delimitar claramente el cultivo de cáñamo destinado a la industria, fibra y textil. En las últimas décadas este porcentaje ha variado, fijándose en el año 1984 en un 0,5%, para posteriormente reducirse al 0,3% (24) y más tarde al 0,2% (25), para volver a situarse en el 0,3% actual. Estos porcentajes son esenciales y también afectan a las importaciones de cáñamo que se

(22) Decisión 2004/842/CE de la Comisión, de 1 de diciembre de 2004, relativa a disposiciones de aplicación por las que los Estados miembros pueden autorizar la comercialización de semillas pertenecientes a variedades para las que se haya presentado una solicitud de inscripción en el catálogo nacional de variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas.

(23) Art. 4.4 del Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 por el que se establecen normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos que deben elaborar los Estados miembros en el marco de la política agrícola común (planes estratégicos de la PAC), financiada con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), y por el que se derogan los Reglamentos (UE) nº. 1305/2013 y (UE) nº. 1307/2013.

(24) Reglamento (CEE) nº 2059/84 del Consejo, de 16 de julio de 1984, por el que se fijan las normas generales relativas a las medidas restrictivas a la importación de cáñamo y de semillas de cáñamo y por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 619/71 en lo que se refiere al cáñamo. En concreto, en el art. 1 se fijaba en un 0,5 %, para los fines de la concesión de la ayuda para las campañas 1984/85 a 1986/87 y un 0,3 %, para los fines de la concesión de la ayuda para las campañas ulteriores.

(25) Véase art. 52 del Reglamento (CE) nº 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 2019/93, (CE) nº 1452/2001, (CE) nº 1453/2001, (CE) nº 1454/2001, (CE) nº 1868/94, (CE) nº 1251/1999, (CE) nº 1254/1999, (CE) nº 1673/2000, (CEE) nº 2358/71 y (CE) nº 2529/200; artículo 39.1 del Reglamento 73/2009 del consejo de 19 de enero de 2009 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 1290/2005, (CE) nº 247/2006, (CE) nº 378/2007 y se deroga el Reglamento (CE) nº 1782/2003; art. 32.6 del Reglamento (UE) nº 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) nº 637/2008 y (CE) nº 73/2009 del Consejo.

hagan (26). De igual manera, toda esta regulación enmarcada en el ámbito de los diferentes Reglamentos europeos es básica y no puede contradecirse por los Estados miembros. Este hecho se remarca, por ejemplo, en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de julio de 2008 – Proceso penal contra Babanov (Asunto C207/08) en donde se señala que el Derecho comunitario se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro aplique una legislación nacional que, infringiendo el Reglamento nº 1782/2003 (27), tiene como efecto prohibir el cultivo y la posesión de cáñamo destinado a la producción de fibras a que se refiere el citado Reglamento. En este sentido, hay que prestar especial atención al Decreto 1729/1999, de 12 de noviembre, por el que se establecen las normas para la solicitud y concesión de las ayudas al lino textil y al cáñamo (actualmente vigente) que recoge la referencia en su art. 15 al 5% de THC, hecho que habrá que poner en relación, por su contradicción, con lo dispuesto en el art. 4.4 del Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021 y la introducción del límite del 0,3%.

Para finalizar, en lo referido a aspectos generales del cultivo hay que indicar la aplicación con respecto a la producción de semillas de cannabis, cuando su destino es textil, del Reglamento Técnico de Control y Certificación de Semillas de Plantas Textiles, regulado por la Orden ARM/3372/2010, de 27 de diciembre, que conlleva la llevanza de un sistema adecuado de identificación de las semillas utilizadas y el destino de las partidas; además de que las explotaciones del cultivo de cáñamo deban cumplir la normativa general de una explotación agrícola y estar dadas de alta en el Registro General de la Producción Agrícola (REGEPA).

Como se comprueba, la delimitación de los requisitos del cultivo del cannabis se asocia a la finalidad pretendida. Ya se ha señalado anteriormente que, en España, el cultivo, producción, fabricación, importación, exportación, distribución y comercio de Cannabis sativa con fines médicos, científicos o de investigación requiere autorización de la AEMPS.

Dentro de estas finalidades, cuando nos referimos a la médica, el cultivo del cannabis entra dentro de la esfera de aplicación de la Orden de 7 de mayo de 1963, por la que se dictan normas para el cultivo de plantas medicinales relacionadas con los estupefacientes, y con ello la necesidad de autorización de la AEMPS para el cultivo de plantas que puedan producir

(26) Art. 189 del Reglamento 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece una organización común de mercados en el sector de los productos agrícolas.

(27) Recuérdese la evolución regulatoria a partir del Reglamento (CE) nº 1782/2003 y la actual aplicación del Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de diciembre de 2021.

estupefacientes (por ejemplo, para cultivos destinados a la producción de CBD utilizando los cogollos, independientemente del contenido de THC de la semilla empleada (28)). En esta Orden se recoge como requisitos para poder cultivar plantas destinadas a la producción de estupefacientes o que contengan estas sustancias, el que los interesados cursen una instancia a la Dirección General de Sanidad (en su redacción original y por tanto actualmente será la AEMPS la que deba recibir la solicitud de autorización para el cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes con fines médicos), acompañando como documentos una memoria en la que se justifiquen las necesidades del cultivo y el fin a que se destina, consignando las especies vegetales que van a ser cultivadas y la extensión superficial, provincias, partidos judiciales, municipios y sitios de cultivo; una certificación del Alcalde acreditando el nombre de los propietarios, arrendatarios o contratistas que van a hacer los cultivos y la conformidad de los mismos, acreditada ante la autoridad municipal; una certificación de la Jefatura Agronómica de la provincia en la que se haga constar que los terrenos señalados para los cultivos reúnen las necesarias condiciones y son aptos para los mismos; un plano o croquis en el que se señalen con toda precisión las zonas que van a ser utilizadas en cada término municipal.

Teniendo en cuenta que la norma es de 1963, el proceso se ha adecuado por parte de la AEMPS, y en el proceso de solicitud, además de esta memoria, se debe indicar el material de partida (tipo, cantidad, variedades que se pretenden cultivar, origen lícito de las semillas y/o esquejes que se proyecta cultivar y cantidad de semillas y/o esquejes que se pretenden cultivar) y el proveedor del material de partida (en concreto se debe aportar documentación que acredite la relación contractual de la entidad solicitante con el proveedor del material de partida y la que acredite que el proveedor puede realizar tal actividad, emitida por las autoridades competentes); aspectos sobre la producción (productos a obtener, previsión de producción finalidad de las cantidades de cada uno de los productos obtenidos, consideración del estupefaciente a obtener), las instalaciones o la cadena de distribución (fabricante autorizado, intermediario hasta el cliente final y cliente final). Por ejemplo, respecto a las instalaciones se debe indicar la previsión de parcelas (provincia y término municipal) y superficie a cultivar, aportando datos catastrales y documentación que acredite la titularidad de la propiedad de las instalaciones y, en su caso, relación contractual con el propietario de la misma, además de certificados de idoneidad de cultivo de Cannabis en las parcelas de la provincia en la que se ejecuten los mismos, emitidas por la correspondiente Delegación Provincial de Agricultura, para cultivos realizados directamente sobre suelo. Parecido

(28) Junta de Andalucía (2021).

proceso lo podemos ver asociado a la solicitud de autorización para el cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes con fines de investigación (29).

Por último, respecto al cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes para la obtención de los lotes necesarios para la validación del proceso de fabricación de principios activos estupefacientes con fines médicos, en el proceso de autorización de la AEMPS, ha de destacarse que las todas las entidades que realicen la actividad de fabricación de principios activos estupefacientes deben de disponer de autorización de fabricación de sustancias activas estupefacientes, estar inscritos en el Registro Unificado de Empresas de Sustancias Activas (RUESA), gestionado por la AEMPS (30), y cumplir con las Normas de Correcta Fabricación de medicamentos de la Unión Europea (NCF).

V. REGULACIÓN DE LOS USOS DEL CANNABIS Y SU COMERCIALIZACIÓN

Partiendo de las peculiaridades regulatorias que tiene el cannabis y que se han analizado anteriormente, conviene ahora profundizar en el enfoque normativo existente en la actualidad dependiendo de los usos a los cuales se somete. En concreto, resulta interesante desarrollar su conexión con la industria alimentaria, cosmética y el uso del cannabis medicinal y terapéutico, además de la problemática en torno a la venta y comercialización de productos tras la sentencia Kanavape.

1. El cannabis en la industria alimentaria

Dentro de los diferentes usos que tiene actualmente el cannabis se encuentra el alimentario. En este sentido, su uso en la industria alimentaria hay que asociarlo con la aplicación del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015. De esta norma hay un aspecto clave y es que se establece que los alimentos para los cuales no se puede demostrar un historial de consumo humano en un grado significativo dentro de la Unión antes del 15 de mayo de 1997, se consideran nuevos. Esta situación es importante ya que los nuevos alimentos solo deben ser comercializados o utilizados en alimentos para el consumo humano si están incluidos en una lista de la Unión de

(29) Estos procedimientos se pueden consultar en la web de la AEMPS (2022).

(30) Véase 76 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y con el artículo 25 del Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación.

nuevos alimentos autorizados para su comercialización en la Unión. Para ello, estos nuevos alimentos deben ser autorizados y utilizados, eso sí, si cumplen los criterios establecidos en el Reglamento, debiendo ser seguros. Para ello se realiza una evaluación científica armonizada de los nuevos alimentos (*new food*, en siglas en inglés NF), la cual se realiza por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), que evalúa todas las características del nuevo alimento que puedan suponer un riesgo de seguridad para la salud humana, además de considerar los posibles efectos en los grupos vulnerables de la población.

En esta materia, es importante señalar el pronunciamiento de la Comisión Europea (2023), a través del Comité Permanente de Vegetales, Animales, Alimentos y Piensos (SCOPAFF), por el cual se indica que no se ha demostrado un historial de consumo significativo en la UE antes del 15 de mayo de 1997 de CBD ni de ningún otro cannabinoide, ni de productos que contengan CBD y/u otros cannabinoides derivados de la planta *Cannabis sativa L.* Por lo tanto, la Comisión ha concluido recientemente que deben considerarse alimentos nuevos, hasta que se proporcione una evidencia aceptable y verificable de lo contrario. Esto se hace con excepción de los cannabinoides THC, los cuales, se indica que se consideran un estupefaciente de conformidad con la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y que, por lo tanto, no pueden considerarse «alimentos». Aún más, en la legislación de la UE la presencia de THC en los alimentos está regulada por la legislación sobre contaminantes (31).

Acerca de la previsión próxima de autorización, conforme al Reglamento (UE) 2015/2283, cabe decir que, por ejemplo, en 2022 se estaban evaluando 19 solicitudes. Ante esta situación, la EFSA solicitó a su Comisión Técnica de Nutrición, Nuevos Alimentos y Alérgenos Alimentarios (NDA) la preparación de una declaración respecto a la seguridad del CBD como nuevo alimento. Dicho documento es muy interesante, por sus conclusiones, y es que, cito textualmente (en su traducción al castellano): «El Panel ha identificado varios peligros relacionados con la ingesta de CBD y ha señalado deficiencias tanto en los datos experimentales en animales como en los datos en humanos. Los solicitantes deben abordar las lagunas de datos y las incertidumbres identificadas en esta declaración para proporcionar la base para la evaluación de la seguridad del CBD como NF. El Panel concluye que actualmente no se puede establecer la seguridad del CBD como NF» (EFSA NDA Panel, 2022).

Si se consulta la situación de la *Cannabis sativa L.* en el catálogo de estatus de nuevos alimentos de la UE (Comisión Europea, 2024) se puede apreciar

(31) Punto 2.6 del anexo I del Reglamento (UE) 2023/915 de la Comisión de 25 de abril de 2023 relativo a los límites máximos de determinados contaminantes en los alimentos y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1881/2006.

que se recogen algunas aplicaciones alimentarias. En concreto, se dice las semillas de cáñamo, el aceite de semillas de cáñamo, las semillas de cáñamo molidas, las semillas de cáñamo (parcialmente) desgrasadas y otros alimentos derivados de semillas de cáñamo para los que se ha demostrado un historial de consumo no son nuevos (32). De igual manera, tienen la consideración de usos no nuevos, las infusiones en agua de hojas de cáñamo (cuando no van acompañadas de las sumidades floridas y fructíferas) consumidas como tales o como parte de infusiones de hierbas, especificándose que sólo las variedades de *Cannabis sativa L.* incluidas en el Catálogo común de variedades de especies de plantas agrícolas de la UE (denominadas cáñamo) pueden utilizarse para infusiones en agua de hojas de cáñamo.

De este modo, tanto la semilla, como la infusión acuosa de hojas de cáñamo (cuando no están acompañadas de sumidades floridas y fructíferas) consumida como tal o como parte de infusiones de hierbas, se establece en el catálogo que no es un producto nuevo en los alimentos, habiéndose utilizado para el consumo humano en un grado significativo en la Unión antes del 15 de mayo de 1997 y que, por lo tanto, no se considera «nuevo» de conformidad con las disposiciones del Reglamento (UE) 2015/2283 sobre nuevos alimentos y su acceso al mercado no está sujeto a la autorización previa a la comercialización de conformidad con el Reglamento (UE) 2015/2283. No obstante, se hace una precisión, y es que las legislaciones nacionales y de la UE específicas pueden restringir la comercialización de este producto como alimento en la UE o en algunos Estados miembros. Estas dos excepciones son las únicas, porque el Catálogo, en lo relativo a entrada Cannabinoides/*Cannabis sativa L.*, deja claro que «los extractos de *Cannabis sativa L.* y los productos derivados que contienen cannabinoides se consideran nuevos alimentos, ya que no se ha demostrado un historial de consumo. Esto se aplica tanto a los propios extractos como a cualquier producto al que se añadan como ingrediente (como el aceite de semilla de cáñamo). Esto también se aplica a los extractos de otras plantas que contienen cannabinoides. De igual manera, los cannabinoides obtenidos sintéticamente se consideran nuevos» (33).

(32) A este respecto se matiza que los niveles máximos de equivalentes de delta-9-tetrahidrocannabinol en las semillas de cáñamo y los productos alimenticios derivados de semillas están establecidos por el Reglamento (UE) 2023/915 de la Comisión sobre los niveles máximos de determinados contaminantes en los productos alimenticios.

(33) Véase nota de la Agencia Española de Seguridad alimentaria y nutrición acerca del uso del cáñamo y e CBD en cosméticos, en Europa, está prohibido si procede de extractos, tinturas o resinas de la planta «*Cannabis Sativa*» ya que puede contener THC; pero sí se puede utilizar, si procede de semillas u hojas. En estos casos, es necesario poseer documentación que corrobore que procede de estas partes de la planta, y no de otras. Además, se necesita documentación que indique su contenido en tetrahidrocannabinol (THC). cannabinoides en alimentación (actualizada a 8 de junio de 2023).

Con ello, la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (2023) en comunicación acerca del uso del cáñamo y cannabinoides en alimentación actualizado a agosto de 2023, hace referencia a la actualización del catálogo público de nuevos alimentos y los usos que se consideran como no novedosos, siempre y cuando sean variedades de Cannabis sativa L. con contenido en tetrahidrocannabinol por debajo del 0,3%. En concreto, se reitera que presentan historial de consumo seguro y significativo aquellos alimentos/productos alimenticios procedentes de las semillas del cáñamo, como las propias semillas, el aceite de semilla de cáñamo, de semilla de cáñamo molidas, etc.; además de la infusión con agua de hojas de cáñamo (no unidas a las sumidades floridas) consumidas como tales o como parte de infusiones herbales. Asimismo, se incide en la problemática acerca de los cannabinoides (CBD, CBDA, CBG, etc.), utilizados como tales o para ser adicionados, por ejemplo, a un aceite, independientemente de que su origen sea natural o sintético, así como los extractos de la planta Cannabis sativa L., los cuales deben considerarse nuevos alimentos. Es por ello por lo que se indica que la empresa que desee comercializar extractos de la planta Cannabis sativa L. y cannabinoides en el ámbito alimentario, «deberá presentar previamente a su comercialización, una solicitud a la Comisión Europea conforme a lo establecido en el Reglamento (UE) 2015/2283, sobre los nuevos alimentos y, una vez evaluado el riesgo por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), se tomará la decisión correspondiente sobre su autorización».

2. El cannabis en la industria cosmética

Otro uso identificado del cannabis es el cosmético. A este respecto, su asociación a la industria cosmética parte de la aplicación del Reglamento (CE) n. 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de, 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos. Adentrándonos en dicha norma, su Anexo II recoge una lista de sustancias prohibidas en productos cosméticos en las que se encuentra la referencia hecha en la entrada 306 a los estupefacientes naturales y sintéticos, en concreto, todas las sustancias enumeradas en las Listas I y II de la Convención única sobre estupefacientes firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961. Con ello, debe entenderse como sustancias prohibidas en productos cosméticos el cannabis y su resina y los extractos y tinturas de cannabis (lista I) en sus delimitaciones conceptuales recogidas en el art. 1, que ya se han expuesto anteriormente.

Con respecto a los cannabinoides, si se acude a la base de datos CosIng, base informativa de la Comisión Europea sobre sustancias cosméticas e ingredientes, se indica que si bien estos como tales no están incluidos en las Listas de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, su uso en productos cosméticos estará prohibido (II/306) si se preparan a partir de una sustancia

controlada en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. De todos modos, si posteriormente se hace la búsqueda de información del CBD, lo primero que llama la atención es la distinción entre el cannabidiol producido sintéticamente y el cannabidiol derivado del extracto o tintura o resina de cannabis, pero lo más extraño, si se me permite, es que no cuenta con ningún comentario referente a su restricción, circunstancia que sí ocurría anteriormente. Con todo ello, y en aplicación de todo lo anteriormente expuesto, habría que considerar prohibida la utilización del cannabis en cosméticos cuando se utilicen extractos, tinturas o resinas de la planta, abriendose la puerta a los casos de las partes no fiscalizadas (por ejemplo, semillas y hojas no unidas a las sumidades), siempre que no presente THC a no ser que aparezca como traza si es técnicamente inevitable (véase artículo 17 del Reglamento cosmético) y que el producto cosmético sea seguro para la salud humana (art. 3). Con ello, puede advertirse la legalidad de la comercialización del CBD en cosmética, siempre y cuando nos encontremos ante productos cosméticos de uso tópico (externo) con niveles de THC asociados no superiores al 0,3% y que su procedencia se haga en correlación con lo anteriormente expuesto, siempre teniendo en cuenta que incluso se puede obtener de manera sintética para evitar estas restricciones.

3. Cannabis y usos terapéuticos: el cannabis medicinal

Estudios surgidos en los últimos años han destacado el gran potencial terapéutico del cannabis. Son muchas las aplicaciones terapéuticas destacándose, como señala Alventosa del Río (2017), su utilización en el tratamiento del dolor y la inflamación asociados a la esclerosis múltiples, a la diabetes, a la artrosis y al cáncer; en la atenuación de los espasmos y temblores derivados de la esclerosis múltiple o de la enfermedad del Parkinson; en las convulsiones epilépticas; en la inhibición de las náuseas y vómitos derivadas de la quimioterapia; en el tratamiento de la inapetencia y adelgazamiento en enfermedades crónicas (como el SIDA, la tuberculosis o el cáncer) y en el tratamiento de las enfermedades degenerativas del sistema nervioso central (34).

No obstante, la regulación legal del uso terapéutico del cannabis ha generado mucha problemática. Debe tenerse en cuenta las consecuencias de

(34) Acerca de diferentes propuestas de regulación del uso terapéutico de los productos derivados del cannabis: Alventosa del Río (2017). Esta autora hace también referencia a distintos estudios e informes que avalan el uso terapéutico del cannabis como el de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos (NAS, por sus siglas en inglés), titulado The Health Effects of Cannabis and Cannabinoids: The Current State of Evidence and Recommendations for Research de 2017. En cuanto a los usos terapéuticos de los cannabinoides: Grotenhermen, et al. (2003); Guy et al. (2003); Hardisson de la Torre et. al. (2002); Hernández Lozano et. al. (2002).

la inclusión del cannabis de la lista I de la Convención, así como el encuadre del dronabinol y diferentes isómeros THC como sustancias psicotrópicas. En este sentido, la inclusión en la lista I hay que asociarla a la mención hecha por la Convención a limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos (art. 4.c). De todas maneras, la exclusión de la lista IV, favorece en gran medida los avances en su investigación y aplicación terapéutico. Ha de destacarse que la Comisión de Estupefacientes, el órgano ejecutivo de la ONU en políticas de drogas, ya reconocía las propiedades terapéuticas de la planta, siendo unos de los motivos que basó la exclusión de la citada lista.

En España, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establece algunas prescripciones al uso. Así, su art. 49 establece, en lo relativo a medicamentos con sustancias psicoactivas con potencial adictivo, que las sustancias psicoactivas incluidas en las listas anexas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, así como los medicamentos que las contengan, se rigen por esta Ley y por su normativa específica; debiéndose someter dichas sustancias a restricciones derivadas de las obligaciones adquiridas ante la Organización de Naciones Unidas en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

En la actualidad, en España existen algunos medicamentos de fabricación industrial que contienen extractos de cannabis, dispensables con receta oficial de estupefacientes y que han sido autorizados por los procedimientos habituales aplicables a medicamentos de fabricación industrial que se recogen en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (35). En concreto, si se acude al buscador del CIMA (Centro de información de medicamentos), podemos encontrar el Sativex® y el Epidyolex®. Por ejemplo, el Sativex® tiene como principios activos el dronabinol y el cannabidiol (36) y está indicado como tratamiento para la mejoría de los síntomas en pacientes adultos con

(35) Téngase en cuenta también el Reglamento (CE) nº 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, para el caso de que sean medicamentos de registro centralizado.

(36) Por ejemplo, Cada ml contiene: 38-44 mg y 35-42 mg de dos extractos (como extractos suaves) de *Cannabis sativa L.*, *folium cum flore* (hoja y flor de cannabis) equivalentes a 27 mg de delta-9-tetrahidrocannabinol y 25 mg de cannabidiol (según la ficha técnica Sativex 2,7 mg/2,5 mg solución para pulverización bucal).

espasticidad moderada o grave debida a la esclerosis múltiple (EM). Por su parte, el Epidyolex® tiene como principio activo el cannabidiol y que está indicado como tratamiento complementario de crisis asociadas con el síndrome de Lennox-Gastaut (SLG), el síndrome de Dravet (SD) o con el complejo de esclerosis tuberosa (CET). No obstante, existen también otros medicamentos comercializados en otros países como son el Marinol® y el Syndros® que no están autorizados en España. Ambos medicamentos tienen como ingrediente activo el dronabinol que es delta-9-THC sintético, utilizándose en el caso del Marinol® para tratar las náuseas y los vómitos o aumentar el apetito y para aumentar el apetito y prevenir la pérdida de peso en pacientes con infección por VIH en el caso del Syndros®.

A pesar de la existencia de estos medicamentos, en España no hay una programación de cannabis terapéutico, como si podemos encontrar en otros países europeos (véase Alemania, Portugal o Países Bajos). No obstante, puede decirse que ya se han dado pasos al respecto. En este sentido, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 10 de junio de 2021, acordó la creación en el seno de la Comisión de Sanidad y Consumo de la Subcomisión al Objeto de «Analizar Experiencias de Regulación del Cannabis Medicinal». Dicha Subcomisión elaboró y aprobó un informe de fecha 21 de junio de 2022 (Núm. Expte. 154/11), informe muy interesante por el análisis del potencial terapéutico del cannabis y por el hecho de contener una serie de recomendaciones a tener en cuenta. En cuanto al primer aspecto, el informe da cuenta de la realidad inherente de que hay preparaciones de cannabis que pueden tener usos terapéuticos y que el hecho de la exclusión de la lista IV supone un importante avance. No obstante, también se apunta a que, a pesar de la existencia de ensayos clínicos en España autorizados, es necesario una mayor investigación de calidad que sirva de base para la toma de futuras decisiones. De igual manera se destaca el potencial de los cannabinoides (mas allá del CBD y del THC), además del hecho de que preparados del cannabis que no tienen actualmente autorización de comercialización, podrían tener utilidad como opción terapéutica para algunos pacientes.

Con ello, la Subcomisión elaboró una serie de recomendaciones, en concreto cinco, con diferentes apartados en cada una de ellas. Estas cinco recomendaciones eran garantizar la disponibilidad de medicamentos derivados de cannabis para uso terapéutico; preservar y reforzar el rol crucial de la AEMPS; reforzar el papel de los actores sanitarios clave en el uso terapéutico del cannabis; velar por no emprender acciones que comporten una mayor disponibilidad y consumo de cannabis fuera del contexto clínico, además de evaluar periódicamente el uso terapéutico del cannabis y los datos de consumo en la población. De estas recomendaciones, destaca el énfasis que se hace en dar pasos de cara a permitir la disponibilidad en mercado farmacéutico de extractos o preparados estandarizados del cannabis que no cuentan

actualmente con autorización de comercialización lo que conllevaría el poder prescribirlos y así ayudar a algunos pacientes en su tratamiento. Tal es así que se disponía, en la recomendación 1.5, el que en el plazo de 6 meses, desde la aprobación del informe, la AEMPS realizará los trabajos necesarios para que estas recomendaciones tuvieran su encaje legal.

Puede decirse que el informe de la Subcomisión no fue en vano. En este sentido, ha constituido una pieza importante en el Proyecto de Real Decreto, por el que se establecen las condiciones para la elaboración y dispensación de fórmulas magistrales a base de preparados estandarizados de cannabis, que, en febrero de 2024, el Ministerio de Sanidad sacó a consulta pública previa. En cuanto al porqué de esta norma, por parte del Ministerio se apuntan cuatro objetivos, en concreto, a) establecer el procedimiento de evaluación de la calidad de los preparados estandarizados de cannabis, como materiales de partida en la elaboración de fórmulas magistrales; b) establecer las indicaciones en las que pueden utilizarse estos medicamentos; c) establecer las condiciones de prescripción, elaboración y dispensación de fórmulas magistrales elaboradas con preparados estandarizados de cannabis; d) limitar la elaboración de fórmulas magistrales conteniendo cannabis a aquellas que cuentan con monografía en Formulario Nacional.

El hecho de la existencia de este Proyecto de Real Decreto no es algo novedoso en lo que se refiere a regular los usos terapéuticos en España. Recuérdese las diversas proposiciones de Ley y de no Ley en lo referente a establecer un marco integral del cannabis en España en los últimos años. Además, por ejemplo, en 2001 ya se presentó por parte del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) una proposición no de Ley sobre autorización del consumo de cannabis para usos terapéuticos, que fue rechazada, o ya más reciente, en 2017, la proposición no de ley sobre la regulación del uso medicinal de los productos derivados del cannabis por parte del Grupo Parlamentario Ciudadanos, que tuvo idéntico resultado. A ello hay que sumar las proposiciones surgidas en el ámbito autonómico (37) De todos modos, estos intentos no han sido fructíferos, por lo que habrá que esperar el devenir del referido Proyecto de Real Decreto y cuál es el tratamiento dado al cannabis cuando se refiere a usos terapéuticos.

(37) Véase un resumen en Alventosa del Río (2017) que refiere como documento prímigenio la Proposición de ley sobre l'actuació de mesures davant les diferents administracions per a autoritzar l'ús terapèutic del cànnabis en Catalunya, en la que se recordaba el uso medicinal que se había efectuado del cannabis durante siglos y la evidencia científica de los beneficios de dicho uso en determinadas enfermedades, culminando el 25 de abril de 2001 con la adopción por unanimidad de la Resolució 646/VI del Parlament de Catalunya, sobre les gestions per a l'ús terapèutic del càñem indi (*Cannabis sativa var. indica*), en la que se instaba al Gobierno para realizar las gestiones necesarias en las diversas administraciones para que se autorizara el uso terapéutico del cannabis.

4. Problemática en torno a la venta y comercialización de productos de cannabis en la Unión Europea: Sentencia Kanavape y su incidencia en el uso del CBD

La producción y venta de productos de cannabis torna compleja dadas las particularidades vistas en torno a las características de esta planta y, sobre todo, la regulación existente en los diferentes Estados miembros. No obstante, hay un hecho esencial que marca un antes y un después en este ámbito y es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala cuarta), sobre el caso 663-18, de 19 de noviembre de 2020, comúnmente denominada sentencia Kanavape y el análisis de que hace del CBD (38).

El caso parte del hecho de la comercialización por Catlab SAS del Kanavape, un cigarrillo electrónico cuyo líquido contiene CBD y cuya distribución debía efectuarse por Internet y mediante una red de vendedores de cigarrillos electrónicos. En este caso, el CBD utilizado en el Kanavape se produjo en la República Checa, utilizando la planta Cannabis sativa en su totalidad, que también se había cultivado *in situ*. Fue importado en Francia por Catlab, que lo acondicionó en cartuchos para cigarrillos electrónicos. Posteriormente, a raíz de una campaña de comunicación para promover el lanzamiento del Kanavape llevada a cabo por Catlab en 2014, se inició una investigación y se sometió el asunto a la Agencia Nacional de Seguridad del Medicamento y de los Productos Sanitarios (ANSM) francesa que, tras su análisis, comunicó en julio de 2016 que no consideraba el Kanavape un «medicamento». Mediante sentencia de 8 de enero de 2018, el Tribunal de lo Penal de Marsella declaró, en particular, a B. S. y C. A (antiguos directivos de la sociedad) culpables de varias infracciones, entre ellas infracciones de la legislación sobre sustancias venenosas, condenándoles por ello (39). En el ámbito civil, también fueron condenados solidariamente a pagar 5.000 euros en concepto de indemnización del perjuicio sufrido por el Consejo Nacional del Colegio de Farmacéuticos de Francia y 600 euros en aplicación Código de Enjuiciamiento Criminal.

Tras ello, los demandantes interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence, sosteniendo que la prohibición de comercializar el CBD procedente de la planta Cannabis sativa en su totalidad es contraria al Derecho de la Unión (Orden Ministerial de 22 de agosto de 1990, tal como lo interpreta la Circular de 23 de julio de 2018). Ante la problemática generada, el Tribunal de Apelación de Aix-en-Provence decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cues-

(38) *Vid. Crespo Velasco (2021).*

(39) En concreto, los demandantes en el litigio principal fueron condenados, respectivamente, a 18 y a 15 meses de prisión, con suspensión de la ejecución de la pena, y a 10 000 euros de multa cada uno.

tión prejudicial siguiente: «¿Deben interpretarse los Reglamentos 1307/2013 y 1308/2013 y el principio de libre circulación de mercancías en el sentido de que las excepciones previstas por la Orden Ministerial de 22 de agosto de 1990 establecen, al limitar el cultivo del cáñamo, su industrialización y su comercialización únicamente a las fibras y semillas, una restricción contraria al Derecho [de la Unión]?» (40). En concreto, lo que se plantea es la conformidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional que prohíbe la comercialización del CBD cuando este se extrae de la planta Cannabis sativa en su totalidad y no únicamente de sus fibras y semillas.

A modo de resumen de las diferentes cuestiones que se plantean, sobre la interpretación de los Reglamentos n. 1307/2013 y 1308/2013 (41), el TJUE señaló que «dado que la lista de productos agrarios contemplados en el anexo I de los Tratados no menciona la partida 29 32 de la nomenclatura del sistema armonizado (SA) (42), el CBD presente en la planta Cannabis sativa en su totalidad no puede considerarse un producto agrario y, por lo tanto, no puede considerarse un producto comprendido en el ámbito de aplicación de los Reglamentos n. 1307/2013 y 1308/2013, es decir, estos Reglamentos no se aplican al CBD.

De todos modos, en la sentencia hay un aspecto fundamental y es el análisis que hace el Tribunal acerca de si el CBD debe ser considerado como estupefaciente. En este sentido, se señala que, dado que el CBD no contiene un principio psicoactivo en el estado actual de los conocimientos científicos, sería contrario a la finalidad y al espíritu general de la Convención Única incluir éste en la definición de «estupefacientes», en el sentido de dicha Convención, como extracto de cannabis. Ello se hace teniendo en cuenta que, según el TJUE, «es cierto que una interpretación literal de las disposiciones de la Convención Única podría llevar a la conclusión de que, en la medida en que el CBD se

(40) Cuestión que luego el TJUE matiza y concreta en lo siguiente: «si los Reglamentos n.os 1307/2013 y 1308/2013 y los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en la medida en que esta prohíbe la comercialización del CBD cuando este se extrae de la planta *Cannabis sativa* en su totalidad y no únicamente de sus fibras y semillas».

(41) Reglamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 637/2008 y (CE) n. 73/2009 del Consejo. Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n o 922/72, (CEE) n o 234/79, (CE) n o 1037/2001 y (CE) n. 1234/2007.

(42) En concreto, la partida 29 32 reproduce los compuestos heterocíclicos con heteroátomo(s) de oxígeno exclusivamente, entre los que se incluye el THC, que es cannabinoidé al igual que lo es el CBD.

extrae de una planta del género cannabis y que esta planta se utiliza en su totalidad, incluidas sus sumidades floridas o con fruto, este es un extracto de cannabis, en el sentido de la lista I de dicha Convención, y, por consiguiente, un “estupefaciente”, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra j), de la citada Convención»; no obstante, también se dice en la sentencia que en «los autos que obran en el Tribunal de Justicia y que se resumen en el apartado 34 de la presente sentencia se desprende que el CBD controvertido en el litigio principal no parece tener efectos psicotrópicos ni nocivos para la salud humana sobre la base de los datos científicos disponibles. Además, según estos elementos de los autos, la variedad de cannabis de la que se extrae esta sustancia, que fue cultivada legalmente en la República Checa, tiene un contenido en THC que no supera el 0,2 %». De ello se deduce que el CBD no tiene la consideración de estupefaciente conforme a la interpretación del TJUE.

Acerca de la problemática sobre el hecho de la norma francesa que prohíbe la comercialización del CBD extraído de toda la planta fuera o no compatible con el principio de libre circulación de mercancías de la UE (artículos 34 TFUE y 36 TFUE), el Tribunal señala estos preceptos «deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que prohíbe la comercialización del cannabidiol (CBD) legalmente producido en otro Estado miembro cuando se extrae de la planta Cannabis sativa en su totalidad y no solo de sus fibras y semillas, a menos que dicha normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de protección de la salud pública y no exceda de lo necesario para alcanzarlo». De la sentencia se extrae que la prohibición de comercializar CBD extraído de toda la planta es contraria al TFUE si no está justificada adecuadamente, es decir, que la normativa francesa podría estar respaldada por alguna de las razones de interés general enumeradas en el artículo 36 TFUE, en concreto, la protección de la salud pública, siempre y cuando dicha normativa sea adecuada para garantizar la consecución del citado objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Lógicamente, esta sentencia ha generado mucha controversia, sobre todo por el hecho de la interpretación que hace de la situación jurídica del CBD y, con ello, de su uso. De todos modos, ciñéndonos a lo dispuesto en la Convención parece claro que la fiscalización o no del CBD pasa por el hecho de cómo y de dónde se ha extraído. De todos modos, hay que tener presente la existencia de diferentes interpretaciones acerca de su encaje legal actual en España, pudiéndose considerar su uso tópico, no consumible, y siempre y cuando los niveles de THC no superen el 0,3%, teniendo presente su procedencia de partes no fiscalizadas de la planta u obtenido de manera sintética.

VI. PROBLEMÁTICA LEGAL EN TORNO AL CONSUMO PROPIO

La consideración del cannabis como estupefaciente de acuerdo con el Convenio de 1961 y la Ley 17/1967, de 8 de abril, además de considerar al dronabinol o tetrahidrocannabinol (THC) como sustancia psicotrópica, conlleva el tener en cuenta todas las restricciones anteriormente apuntadas acerca de la limitación para fines médicos y científicos de la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión del cannabis. En España todavía no se ha avanzado lo suficiente a la hora de establecer un marco regulatorio que establezca la legalidad de uso conforme a una serie de pautas y limitaciones. En este sentido, sí que hay pasos muy importantes, en especial la proposición de Ley de regulación integral y control del cannabis en personas adultas presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en enero de 2024 a través de la cual se pretende establecer una regulación del mercado de cannabis y con ello facilitar la transición al mercado regulado, ordenando todas las actividades vinculadas a la planta que están ahora mismo en la ilegalidad (43). No obstante, habrá que esperar a su devenir parlamentario (44).

A fecha de la realización de este estudio, puede decirse de la existencia de una visión muy restrictiva del uso del cannabis. En este sentido, partimos de las limitaciones expuestas en la Convención, es decir, el que las Partes adopten las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta del cannabis o que se diga que las Partes sólo permitirán la posesión de estupefacientes con autorización legal (art. 33 de la Convención). No obstante, hay que recalcar los efectos positivos, de cara a la legalización del cannabis, asociados a la exclusión de la Lista IV que conllevaba la obligación de que las partes prohibieran su producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso (con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica).

(43) Por otra parte, hay que mencionar la aparición previa de distintas proposiciones de Ley y de no de Ley. En este sentido, por ejemplo, en septiembre de 2021 se presentaron tres Proposiciones de ley, planteadas por 3 grupos parlamentarios, con distintas variantes: proposición de Ley de regulación integral del cannabis presentada por el Grupo Parlamentario Republicano (28 septiembre 2021, calificada el 5 de octubre de 2022); proposición de Ley integral del cannabis presentada por el Grupo Parlamentario Plural (24 septiembre 2021, calificada el 5 de octubre de 2022); proposición de Ley de regulación integral y control del cannabis en personas adultas presentada por: Grupo Parlamentario Confederado Unidos Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común (6 octubre 2021, calificada el 11 de octubre de 2021).

(44) Dese cuenta de que, en febrero de 2024, se presenta la Proposición no de Ley en Comisión relativa a intensificar la prevención y la reducción del consumo de cannabis presentada por el Partido Popular. Como se comprueba, con una finalidad distinta a lo anteriormente comentado.

Sin duda, la situación actual en España es la de vetar el uso del cannabis. Prueba de ello, por ejemplo, es que la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, considere como infracción grave (45) «el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares» (art. 36.16).

Además del consumo y la tenencia, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, también entra de lleno en el cultivo. Se recordará que la legislación permite el cultivo de las plantas cannabinoides, así como la producción y fabricación de sus sustancias derivadas destinadas a finalidades terapéuticas y la investigación científica, pero qué ocurre con el cultivo para consumo particular. En este sentido, puede apuntarse la tolerancia del cultivo de cannabis para uso personal, siempre que se realice en lugares privados que no sean visibles desde la vía pública. Ello se extrae de la redacción del art. 36.18 que considera como infracción grave «La ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal». En este sentido ha de advertirse que el art. 368 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) establece penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos, para aquellos que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines (46). Como se com-prueba, a efectos sancionadores, el artículo 368 del Código Penal distingue entre drogas que causan y que no causan grave daño a la salud, englobándose al cannabis en el segundo grupo de acuerdo con el Ministerio de Sanidad.

Visto lo anterior, el Código Penal español no considera delito el consumo, la posesión y el cultivo de cannabis siempre que sea para el propio consumo y no esté destinado al tráfico. No obstante, cuál es la frontera para considerar o no que nos encontramos ante el propio consumo. En este sentido, es

(45) Para las infracciones graves, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400; el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros (art. 39 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo).

(46) En el artículo también se matiza que los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, con la salvedad de si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370 del Código Penal.

imprescindible acudir al cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas elaborada en 2009 por el Instituto Nacional de Toxicología (revisado el 1 de agosto de 2021). En concreto para el cannabis (se utiliza como denominación marihuana) se fija en 100 gramos la posesión legal para el consumo personal, considerando que un consumidor se suele proveer de sustancia para 3 a 5 días y que el consumo diario estimado máximo se sitúa entre los 15-20 gr (cuadro 1). Este cuadro adquiere notoria relevancia ya que es utilizado en los procesos penales y es criterio utilizado por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia.

Cuadro 1. Dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas.

	Unidades peso	Dosis habitual más baja	Dosis habitual más alta	Dosis media	Consumo diario estimado máximo	Dosis mínima psicoactiva	Previsión (3 a 5 días de consumo en gramos)
Marihuana	g	1,5	2		15-20	10 mg (vía oral), 5 mg/m ² de superficie	100

Fuente: elaboración propia a través de la tabla del Instituto Nacional de Toxicología (2009).

Con todo lo anterior, hay que tener presente que el consumo de cannabis, se interpreta ilegal con base en la Ley de Estupefacientes de 1967, al permitirse únicamente el consumo con fines médicos. No obstante, es una realidad que cada vez es más frecuente su consumo en la esfera privada, véase en el domicilio, hecho que, a pesar de ser ilegal, este consumo no es sancionable.

Esta es la situación legal a fecha de realización del presente estudio y habrá que estar muy pendientes de qué ocurre con la Proposición de Ley de Regulación Integral y Control del Cannabis en Personas adultas, que fue presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en enero de 2024. Resulta destacable el que en su exposición de motivos se haga una crítica acerca de la situación anteriormente descrita y del hecho de que se sancione la tenencia de cannabis para uso personal en la vía pública, cuando el consumo en el ámbito privado no es sancionable. Se dice que las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana «resultan inmorales» y que «pueden poner en serios aprietos a cualquier persona en el actual contexto socioeconómico». Debe tenerse en cuenta que la proposición de Ley va encaminada a favorecer el camino de la legalización del cannabis, regulando aspectos muy interesantes como el consumo personal o el autocultivo. En este sentido, por ejemplo, en el art. 21 se establece que la cantidad permitida en personas adultas para el transporte o tenencia en espacios públicos será, como máximo,

de una de estas cuatro posibilidades: «a) 100 gramos de sumidades floridas de cannabis secas. b) 30 gramos de extracciones de cannabis. c) Productos elaborados con cannabis con un contenido de THC total de 10 gramos. d) La suma de las posibles combinaciones proporcionales de los productos anteriores». De igual manera se regula el consumo personal, con cifras anuales, en concreto, se dice que «la cantidad anual permitida en personas adultas para el consumo personal en el domicilio o espacios privados análogos será, como máximo, de una de estas cuatro posibilidades: a) 3.650 gramos de sumidades floridas de cannabis secas. b) 1.000 gramos de extracciones de cannabis. c) Productos elaborados con cannabis con un contenido de THC total de 365 gramos. d) La suma de las posibles combinaciones proporcionales de los productos anteriores». Estos datos son por domicilio por lo que en el caso de que convivan más de una persona adulta consumidora, no se podrá disponer de más del doble de la cantidad para una persona, independientemente del número de personas adultas de la unidad de convivencia. Nótese que la regulación ya no sólo habla de cannabis en general, sino que incluso profundiza en normar el consumo del cannabinoide más problemático por sus efectos psicotrópicos como es el THC.

Además del consumo propio, la proposición de Ley entra de lleno en lo relativo al autocultivo, entendiéndose por tal la actividad de cultivo de cannabis para el consumo personal del mismo cultivador o de un reducido número de hasta cinco personas convivientes (art. 26). Diferenciando entre cultivos de exterior y los cultivos de interior (según se valgan o no de luz solar), sobre estos se aplican una serie de limitaciones y es que el cultivo en exterior no puede superar volúmenes superiores a los 20 metros cúbicos o que el cultivo en interior no emplee potencias lumínicas superiores a los 1.200 vatios, no pudiendo ocupar dichos espacios volúmenes superiores a los 4 metros cúbicos, estableciéndose la limitación de que en el caso de cultivar paralelamente en la modalidad de cultivo de interior y de cultivo de exterior, no se podrá exceder la suma proporcional de los anteriores límites. En ambas situaciones los cultivos deben estar en espacios cerrados, ubicando las plantas en lugares seguros, sin sobrepasar muros o vallas y evitando la visualización o accesibilidad a las mismas desde la vía pública.

VII. CONSUMO COMPARTIDO: CLUBES SOCIALES DE CANNABIS

Los clubes sociales de cannabis han generado mucha problemática en los últimos años por su encuadre legal, atendiendo a sus actividades y finalidad. Consideradas asociaciones sin ánimo de lucro, éstas se centran esencialmente en proporcionar cannabis a sus miembros, partiendo del hecho de que el consumo de cannabis es un acto privado y, por lo tanto, no está sujeto a las mismas restricciones que el consumo en lugares públicos. Surgidos en la década de los noventa, estos clubes funcionaban con aparente normalidad,

hecho que cambia por completo tras el posicionamiento del Tribunal Supremo en sentencia 484/2015, 7 de septiembre, de 2015 (47).

De esta sentencia sobre todo hay que prestar atención a la delimitación que se hace de los supuestos de cultivo y consumo compartido no punible penalmente, teniendo presente lo dispuesto en el art. 368 del Código Penal. En este sentido, se parte de la circunstancia de que el art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. Además, respecto al cultivo «compartido» de cannabis destinado al consumo exclusivo y excluyente de quienes promueven, esa producción a escala reducida, aun siendo actividad no legal, se dice por parte del Tribunal que puede carecer de relevancia penal siempre y cuando no tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros (fundamento derecho séptimo). A ello se añade la configuración del autoconsumo y el consumo compartido y su atipicidad cuando concurren una serie de circunstancias, en concreto cuatro; que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia; que el consumo de la misma debe llevarse a cabo «en lugar cerrado; que se circunscriba el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados; y que sólo estamos ante cantidades reducidas, limitadas al consumo diario (fundamento de derecho noveno) (48). En el caso concreto, el Tribunal Supremo considera que, aunque el consumo no tenga relevancia penal, sí lo tiene el cultivo y distribución organizada, institucionalizada y con vocación de persistencia en el tiempo de cannabis, más cuando en el caso se trataba de un colectivo integrado por 290 personas componentes de una Asociación y abierto a nuevas incorporaciones, todo ello como consecuencia de que esta situación colmaba las exigencias típicas del artículo 368 del Código Penal.

Sin duda alguna, la STS 484/2015, de 7 de septiembre, moduló de manera importante la actividad de los clubes sociales de cannabis al advertir sobre la ilegalidad de sus actividades. No obstante, en los últimos años se

(47) Acerca del surgimiento de los clubes de cannabis en la década de los noventa se puede hacer mención al estudio de Val (2017) para el caso del País Vasco, visión interesante ya que se conecta con el análisis posterior STS 484/2015, de 7 de septiembre. También, se puede consultar el análisis realizado por Montañés Sánchez (2017) respecto a la evolución del activismo cannábico en España. En este sentido, esta autora expone que el movimiento asociativo de personas usuarias de cannabis surge en España con el nacimiento de la Asociación Ramón Santos de Estudios del Cannabis (ARSEC) en Barcelona, en 1991.

(48) Estos requisitos se han conformado a través de la distinta jurisprudencia del TS (véase STS de 27 de enero de 1995; STS de 2 de noviembre de 1995; STS de 28 de noviembre de 1995; STS de 3 de marzo de 1995; STS de 31 de marzo de 1998; TS de 3 de febrero de 1999). La configuración de estos cuatro requisitos en la STS 484/2015, de 7 de septiembre, parte de previos pronunciamientos véase, STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre. Además, se puede hacer referencia también a la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre o la STS 888/2012, de 22 de noviembre, que, aunque apuntan a 6 condiciones, son los mismos requisitos con algún desdoble.

quiere tender la mano hacia estos clubes para regularizarlos. Por ejemplo, conviene acudir a la Proposición de Ley de Regulación Integral y Control del Cannabis en Personas adultas de 2024, anteriormente referida, en la que se recoge este propósito al incluir una regulación acerca de su creación y desarrollo de actividades. En este sentido, la proposición de Ley regula los clubes sociales de cannabis cooperativos considerándose como tales las asociaciones sin ánimo de lucro con licencia previa de la Agencia Española de Control de la Regulación Integral del Cannabis (AECRIC), a través de los cuales las personas residentes en España y consumidoras de productos del cannabis pueden agruparse con el fin de autoabastecerse de productos del cannabis para su propio consumo, pudiendo acceder a las instalaciones de un club social de cannabis cooperativo únicamente las personas socias (art. 29). Hay que advertir que la regulación los clubes sociales de cannabis es muy taxativa. Así, entra de lleno en lo relativo a sus instalaciones al señalarse, en primer lugar, la prohibición de implantar clubes sociales de cannabis cooperativos en domicilios. Sobre esta premisa, las instalaciones tienen que solicitar las licencias urbanísticas pertinentes a nivel municipal para ejercer su actividad, no pudiendo los ayuntamientos denegar la implantación de estas actividades, salvo por cuestiones estrictamente técnicas o urbanísticas (art.30). Además, se hace mención a las zonas libres de humo, almacenaje y zona de dispensación y control. Por otra parte, otro aspecto que se regula es el relativo a los límites a la producción máxima por año natural y a la compra de cannabis (límite de producción máxima por año natural de 90 kilogramos de sumidades floridas de cannabis secas), añadiéndose también las limitaciones al cultivo de cannabis por persona socia (en cultivo en exterior, 6 metros cúbicos, en interior no se debe emplear potencias lumínicas superiores a los 300 vatios, no pudiendo ocupar dichos espacios volúmenes superiores a 1 metro cúbico).

A pesar de la referencia a la situación regulatoria contenida en la Proposición de Ley, no es la primera vez que se intenta normar la situación de los clubes de cannabis, eso sí, desde el punto de vista autonómico. En este sentido, hay que mencionar tanto a la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, como a la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis, ambas declaradas inconstitucionales y nulas por parte del Tribunal Constitucional. Así, la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, fue declarada inconstitucional y nula por Sentencia del Tribunal Constitucional 144/2017, de 14 de diciembre. Resulta interesante dicho pronunciamiento porque el TC profundiza acerca de los títulos competenciales utilizados para la aprobación de dicha norma. En concreto si cabía una cobertura en el título competencial autonómico sobre asociaciones o si invadía la competencia exclusiva estatal en materia penal del artículo 149.1.6 CE (fundamento jurídico tercero *in fine*), circunstancia finalmente por la que se decanta al declarar que la norma navarra

«invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere». Esta visión se ha expandido al caso de la norma catalana y es que el TC, mediante sentencia 100/2018, de 19 de septiembre de 2018, también se pronunció acerca de la constitucionalidad de la norma, declarando la nulidad de la ley autonómica por incidir sobre la tipificación penal de conductas ilícitas contenida en la legislación estatal. En este sentido, tuvo igual final que la norma navarra, sirviéndose para el análisis de la norma catalana de la ya referida STC 144/2017, de 14 de diciembre, además de la STC 29/2018, de 8 de marzo, referida a la constitucionalidad del artículo 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de las adicciones y drogodependencias (49).

VIII. HACIA UNA REGULACIÓN INTEGRAL Y CONTROL DEL CANNABIS EN PERSONAS ADULTAS

Como se ha comprobado del análisis efectuado anteriormente, los avances en España acerca del tratamiento del cannabis son significativos, hecho que se ve todavía más fortalecido por la presentación de una proposición de Ley de regulación integral y control del cannabis en personas adultas por el Grupo Parlamentario Mixto en enero de 2024.

Lo que se pretende a través de esta proposición de Ley es una regulación del mercado de cannabis y con ello facilitar la transición al mercado regulado, ordenando todas las actividades vinculadas a la planta que están ahora mismo en la ilegalidad. La regulación estatal del cannabis se sostiene en distintas competencias estatales, en concreto, la proposición de Ley, en su disposición final segunda, hace referencia al artículo 149.1, en sus puntos 1.^a, 6.^a, 9.^a, 10.^a, 18.^a, 23.^a, 27.^a de la Constitución española. Con ello, estamos hablando de la competencia exclusiva estatal en relación con la regulación de las condiciones básicas; la legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal; legislación sobre propiedad intelectual e industrial; régimen aduanero y arancelario; comercio exterior; régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios,

(49) En concreto, en su fundamento jurídico tercero in fine se establece que «la norma vasca, su encuadre competencial resulta completamente ajeno a la legislación penal, pero también a la legislación en materia de medicamentos y de seguridad pública, debiendo reconducirse exclusivamente a la materia protección de la salud, ámbito en el que, como se razonó en el fundamento jurídico 2 de esta resolución, juega tanto la competencia estatal sobre las bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE) como la competencia autonómica de desarrollo de dichas bases asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco en el artículo 18.1 EAPV».

procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; legislación básica sobre protección del medio ambiente; normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social. Ello ya denota la ambición regulatoria de la norma, hecho que se comprueba por el gran número de materias y supuestos que tratan en la misma y que habría que poner en correlación con la visión dada por el TC en cuanto al entramado competencial que se ha analizado anteriormente.

Por lo que respecta a la proposición, ésta se estructura en torno a 111 artículos, distribuidos en un título preliminar, 16 títulos, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales (cuadro 1).

Cuadro 2. Estructura de la proposición de Ley de regulación integral y control del cannabis en personas adultas 2024.

TÍTULO PRELIMINAR	Disposiciones generales
TÍTULO I	Sobre la utilización, el acceso y las actividades permitidas respecto de los productos del cannabis en personas adultas
TÍTULO II	Agencia Española de Control de la Regulación Integral del Cannabis (AECRIC)
TÍTULO III	Software de Control de la Regulación Integral del Cannabis (SoftCRIC)
TÍTULO IV	Limitaciones generales
TÍTULO V	Estrategias de información y evaluación en personas adultas
TÍTULO VI	Acceso a los productos del cannabis a través de la autogestión y la gestión cooperativa
TÍTULO VII	Licencias del mercado regulado
TÍTULO VIII	Licencias de acceso a productos del cannabis
TÍTULO IX	Licencias de producción de productos del cannabis
TÍTULO X	Otras licencias del mercado regulado de los productos del cannabis
TÍTULO XI	Importación y exportación en el mercado regulado
TÍTULO XII	Publicidad, promoción y patrocinio de productos del cannabis
TÍTULO XIII	Medidas fiscales
TÍTULO XIV	Régimen de infracciones
TÍTULO XV	Régimen de sanciones
TÍTULO XVI	Procedimiento sancionador

Fuente: elaboración propia.

Haciendo un breve análisis de la proposición de Ley, lo primero que destaca es su título preliminar en el que se recoge un largo listado de definiciones legales (75 en concreto) de los distintos elementos o cuestiones concernientes al cannabis. Por ejemplo, se distingue entre la definición de Cáñamo [[planta de Cannabis Sativa L. con concentraciones de THC inferiores al 0,3% (en Europa), normalmente cultivado para la obtención de su semilla o sus fibras], Cannabis (sumidades floridas de la planta del Cannabis Sativa) y Cannabis no psicoactivo (sumidades floridas de la planta del Cannabis Sativa L, cuya concentración de THC Total sea inferior al 1%), entendiéndose en la proposición como Cannabinoides a los diferentes compuestos químicos que se encuentran en la planta del cannabis y que son exclusivos de ésta. Definiciones todas ellas en consonancia con la evolución regulatoria anteriormente descrita.

Otros aspectos interesantes de la proposición son, por ejemplo, lo relativo a la creación de la Agencia Española de Control de la Regulación Integral del Cannabis (AECRIC), un ente creado para implementar, fiscalizar y controlar la regulación propuesta en la ley (título II), hecho que se complementa con el denominado Software de Control de la Regulación Integral del Cannabis (SoftCRIC), herramienta que se dice en la norma que la AECRIC, mediante concurso público, licitará y que cuyo objetivo es controlar y fiscalizar todas las operativas y actividades desarrolladas por las personas jurídicas con licencias contempladas en la ley y las que se regulen mediante reglamento (título III).

También se regula lo relativo a limitaciones generales (título IV). Este título es bastante ambicioso al tratar aspectos ya no sólo sobre la prohibición de las actividades a personas menores de edad, sino también los espacios de consumo de productos del cannabis (limitado al ámbito privado y a los espacios de consumo habilitados en la norma, en concreto a las zonas de consumo integradas en los clubes sociales de cannabis cooperativos, las zonas de consumo integradas en los clubes sociales de cannabis licenciados y las salas de consumo reguladas en el sistema de licencias del mercado regulado del cannabis). Además, en este título se recogen las limitaciones al transporte y tenencia para consumo personal de productos del cannabis en personas adultas (50); los límites al acceso, compra, venta y dispensación de cannabis;

(50) En concreto se dice en el art. 21: «1. La cantidad permitida en personas adultas para el transporte o tenencia en espacios públicos será, como máximo, de una de estas cuatro posibilidades: a) 100 gramos de sumidades floridas de cannabis secas. b) 30 gramos de extracciones de cannabis. c) Productos elaborados con cannabis con un contenido de THC total de 10 gramos. d) La suma de las posibles combinaciones proporcionales de los productos anteriores». También se establece la cantidad anual permitida en personas adultas para el consumo personal en el domicilio o espacios privados análogos será, como máximo, de una de estas cuatro posibilidades: a) 3.650 gramos de sumidades floridas de cannabis secas. b) 1.000 gramos de extracciones de cannabis. c) Productos elaborados con cannabis con un contenido de THC total de 365 gramos. d) La suma de las posibles combinaciones proporcionales de los productos anteriores.

límites al material genético de partida relativo al cultivo de cannabis para uso adulto o los límites a la venta al por menor de material genético de partida relativo al cultivo de cannabis para uso adulto.

Si las limitaciones en el consumo se recogen en la Ley, también se incluyen en el título VI otros aspectos vistos anteriormente que eran controvertidos como el autocultivo, además de los clubes sociales de cannabis cooperativos. Por lo que respecta al autocultivo, el art. 26 establece la actividad de cultivo de cannabis para el consumo personal del mismo cultivador (siempre que sean personas adultas, con plena capacidad de obrar y residentes en España) o de un reducido número de hasta cinco personas convivientes, sin necesidad de comunicación o registro, siempre que se ajusten a los términos y limitaciones establecidas en la norma, por ejemplo, el que cada persona física podrá ser únicamente titular o cotitular de un espacio de autocultivo. Por otra parte, la proposición establece dos modalidades de autocultivo, en concreto los cultivos de exterior y los cultivos de interior. Acudiendo al listado de definiciones del art. 3, debe entenderse como cultivo en exterior, el cultivo de plantas de cannabis que, fundamentalmente, se vale de la luz solar para su desarrollo, considerándose también exterior el cultivo en el interior de invernaderos, incluso con la ayuda puntual de luz artificial en determinados momentos de su desarrollo. Por el contrario, se considera cultivo interior, el desarrollado dentro de unas instalaciones interiores, el cual se vale únicamente de la luz artificial y en el cual se controlan todas las variables climáticas y ambientales, teniendo, como obligación, que implementar un correcto sistema de extracción y filtrado de aire. Sobre estos cultivos, el art. 27 establece unas limitaciones y es que el cultivo en exterior no puede superar volúmenes superiores a los 20 metros cúbicos o que el cultivo en interior no emplee potencias lumínicas superiores a los 1.200 vatios, no pudiendo ocupar dichos espacios volúmenes superiores a los 4 metros cúbicos. 3, estableciéndose la limitación de que en el caso de cultivar paralelamente en la modalidad de cultivo de interior y de cultivo de exterior, no se podrá exceder la suma proporcional de los anteriores límites. En ambas situaciones los cultivos deben estar en espacios cerrados, ubicando las plantas en lugares seguros, sin sobrepasar muros o vallas y evitando la visualización o accesibilidad a las mismas desde la vía pública.

Además del autoconsumo, la proposición regula los clubes sociales de cannabis cooperativos considerándose como tales las asociaciones sin ánimo de lucro con licencia previa de la AECCRÍC, a través de los cuales las personas residentes en España y consumidoras de productos del cannabis pueden agruparse con el fin de autoabastecerse de productos del cannabis para su propio consumo, pudiendo acceder a las instalaciones de un club social de cannabis cooperativo únicamente las personas socias (art. 29). La regulación los clubes sociales de cannabis es muy taxativa. Así, entra de lleno en lo relativo a sus instalaciones al señalarse, en primer lugar, la prohibición de implantar

clubes sociales de cannabis cooperativos en domicilios. Sobre esta premisa, las instalaciones tienen que solicitar las licencias urbanísticas pertinentes a nivel municipal para ejercer su actividad, no pudiendo los ayuntamientos denegar la implantación de estas actividades, salvo por cuestiones estrictamente técnicas o urbanísticas (art.30). Además, se hace mención a las zonas libres de humo, almacenaje y zona de dispensación y control. Por otra parte, otro aspecto que se regula es el relativo a los límites a la producción máxima por año natural y a la compra de cannabis (límite de producción máxima por año natural de 90 kilogramos de sumidades floridas de cannabis secas), añadiéndose también las limitaciones al cultivo de cannabis por persona socia (en cultivo en exterior, 6 metros cúbicos, en interior no se debe emplear potencias lumínicas superiores a los 300 vatios, no pudiendo ocupar dichos espacios volúmenes superiores a 1 metro cúbico).

Otro aspecto esencial de la proposición es lo relativo a las licencias del mercado regulado contenidas en el Título VII. En este sentido, resulta interesante la apertura comercial del cannabis al permitirse a las empresas, a través del sistema de licencias del mercado regulado del cannabis, la siembra, cultivo, cosecha, producción, extracción, elaboración de productos, control analítico, transporte, envasado, etiquetado, publicidad, distribución, venta y comercialización de productos del cannabis. Para ello se establece que las empresas deben solicitar licencia a la AECRIC, previamente al inicio de su actividad. A este respecto se introducen diferentes modalidades de licencias, estructuradas en tres modalidades principales: a) licencias de acceso a productos del cannabis, b) licencias de producción de productos del cannabis, c) otras licencias del mercado regulado de productos del cannabis, que luego a su vez se dividen en diferentes subtipologías (51). De estas licencias ha de destacarse las restricciones que incorpora la proposición en lo que se refiere a la acumulación de varias por parte de los titulares (art. 46) (52). Además, en este título hay

(51) En concreto (art. 44): a) Licencias de acceso a productos del cannabis: I. Club social de cannabis licenciado. II. Dispensario de cannabis. III. Dispensario de cannabis no psicoactivo. b) Licencias de producción de productos del cannabis: I. Producción de cannabis. II. Sociedad cooperativa de microproductores/as. III. Transformación de cannabis. IV. Producción y comercialización de semillas de cannabis. c) Otras licencias del mercado regulado de productos del cannabis: I. Sala de consumo de cannabis. II. Extracción con solventes. III. Distribución de cannabis. IV. Investigación botánica con cannabis. V. Laboratorios de control de calidad de productos del cannabis.

(52) *Vid. Art. 46.* No se podrá ostentar al mismo tiempo la titularidad de: a) Más de una licencia de club social de cannabis licenciado. b) Más de cinco licencias de dispensario de cannabis. c) Más de una licencia de producción de cannabis. d) Más de una licencia de sociedad cooperativa de microproductores/as. e) Más de una licencia de transformación de cannabis. f) Más de cinco licencias de sala de consumo de cannabis. g) Más de una licencia de extracción con solventes. h) Más de una licencia de distribución de cannabis. i) Más de una licencia de investigación botánica con cannabis. j) Más de una licencia de producción y

aspectos muy interesantes como lo relativo a las medidas de seguridad para las empresas con licencias del mercado regulado del cannabis (art. 48) o la trazabilidad de los productos del cannabis (art. 53).

El desarrollo de estas licencias se produce en los siguientes títulos, en concreto, las licencias de acceso a productos del cannabis en el Título VIII, las de producción de productos del cannabis en el Título IX y otras licencias del mercado regulado del cannabis en el Título X. En concreto, el título VIII regula no sólo la venta de productos del cannabis, en concreto se dispone que las empresas con licencias de acceso a productos del cannabis podrán vender estos productos a personas adultas, con plena capacidad de obrar, residentes o no en España, sino también se introduce la regulación de los clubes sociales de cannabis licenciados, las cuales son definidas como las empresas constituidas con el objeto de crear un circuito completo de producción de productos del cannabis para su venta y/o consumo en hasta tres ubicaciones distintas dependientes del club social de cannabis licenciado, pudiéndose vender dichos productos exclusivamente entre los clientes del club social de cannabis licenciado, mediante las formas reguladas en la presente ley (art. 58).

Por su parte, el Título IX se centra en las licencias de producción de productos del cannabis en el que se profundiza acerca en las habilitaciones de producción de las empresas con esta licencia y en las tres tipologías de licencias asociadas, en concreto la licencia de sociedad cooperativa de microproductores/as, la licencia de transformación de cannabis y lo relativo a la producción y comercialización al por mayor de semillas de cannabis. Este conjunto de licencias continua en el Título X con la introducción de la licencia de sala de consumo de los productos del cannabis; la licencia de extracción con solventes; la licencia de distribución de productos del cannabis y la licencia de investigación botánica con cannabis.

Más allá de los aspectos regulatorios de este denso entramado de licencias, la proposición también incluye preceptos relativos a la importación y exportación en el mercado regulado (53) (Título XI); la publicidad, la promoción

comercialización de semillas de cannabis. k) Más de una licencia de laboratorio de control de calidad. 2. Solo se podrá ostentar al mismo tiempo la titularidad de: a) Una licencia de producción de cannabis y una licencia de transformación de cannabis. b) Una licencia de producción de cannabis y una licencia de investigación botánica de cannabis. c) Una licencia de club social de cannabis licenciado y una licencia de extracción con solventes. d) Una licencia de transformación de cannabis y una licencia de extracción con solventes.

(53) En concreto se dispone que una persona física podrá importar a España, para su consumo personal, siempre que en el país del cual proceda esté autorizada la exportación para ello, hasta un máximo de una de estas cuatro posibilidades: a) 100 gramos de cannabis. b) 30 gramos de extracciones de cannabis. c) Productos elaborados con cannabis con un contenido máximo de THC de 10 gramos. d) La suma de las posibles combinaciones proporcionales de los productos anteriores (art. 85).

y el patrocinio del cannabis y sus derivados (Título XII); las medidas fiscales, en concreto, la aparición del impuesto especial sobre productos del cannabis (Título XIII); el régimen de infracciones (Título XIV) y sanciones (Título XV), hecho que se completa con lo relativo al procedimiento sancionador (Título XVI).

Esta visión de apertura regulatoria del cannabis choca precisamente con la Proposición no de Ley relativa a intensificar la prevención y la reducción del consumo de cannabis que presentó precisamente a finales de ese mismo mes de enero el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. En concreto, si se acude al propósito de la misma ya se extrae una visión distinta a lo anteriormente comentado ya que se destinada específicamente, se dice, a «materializar, desde el consenso real con las Comunidades Autónomas, las diputaciones provinciales y los entes locales, así como desde la plena coordinación con los representantes de los afectados y de los profesionales sanitarios y sociales, cuantas acciones sean necesarias para intensificar la prevención y conseguir la reducción tangible de todo tipo de consumo de cannabis en España». De todos modos, los intentos de la llamada lucha por la regulación del cannabis en España se remontan ya muchos años atrás con la presentación de iniciativas tanto a nivel estatal, como autonómico, sin que a fecha de hoy se hayan producido avances relevantes al respecto (54).

IX. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN [2023]: *Uso del cáñamo y cannabinoides en alimentación.* 8 de junio de 2023. Recuperado de: https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad_alimentaria/gestion_riesgos/caniamo_cannabinoides_alimentacion_2023.pdf (octubre de 2024).

AEMPS. AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS (2022): Estupefacientes y Psicótropos. Requisitos para la solicitud de autorización de cultivo de plantas que puedan producir estupefacientes. Recuperado de: https://www.aemps.gob.es/medicamentos-de-uso-humano/estupefactivos-y-psicotropos/#proce_cannabis (septiembre de 2024).

(54) En concreto la proposición de Ley hace referencia como hechos previos las dos iniciativas legislativas populares a nivel autonómico, «Tu Papel Importa» en Navarra y «La Rosa Verda» en Catalunya; Una iniciativa legislativa popular a nivel estatal, «Tu Papel Importa»; doce proposiciones no de ley, mociones y pronunciamientos del pleno en Murcia, La Rioja, Islas Canarias, Extremadura, Comunidad Valenciana, Castilla y León, Cantabria, Asturias, Andalucía y dos en Madrid. Dos ponencias parlamentarias en las Illes Balears y en Euskadi; cinco proposiciones no de ley a nivel estatal presentadas en las Cortes; una proposición de ley en el Senado.

- CAPRIOGLO, D., AMIN HIM, TAGLIALATELA-SCAFATI, O., MUÑOZ, E., APPENDINO, G. Minor (2022): «Phytocannabinoids: A Misleading Name but a Promising Opportunity for Biomedical Research». *Biomolecules*. 2022 Aug 6;12(8):1084. doi: 10.3390/biom12081084. PMID: 36008978; PMCID: PMC9406211.
- CASAJUANA KÖGEL, C., LÓPEZ-PELAYO, H., BALCELLS-OLIVERO, M.M., COLOM, J., GUAL, A. (2018): «Constituyentes psicoactivos del cannabis y sus implicaciones clínicas: Una revisión sistemática». *Adicciones*. 30(2), pp. 140-51.
- CITTI, C., LINCIANO, P., RUSSO, F. et al. A novel phytocannabinoid isolated from *Cannabis sativa* L. with an *in vivo* cannabimimetic activity higher than Δ9-tetrahydrocannabinol: Δ9-Tetrahydrocannabiphorol. *Scientific reports*, 9, 20335 (2019). <https://doi.org/10.1038/s41598-019-56785-1>.
- COMISIÓN EUROPEA (2023): Standing Committee on Plants, Animals, Food and Feed Section Novel Food and Toxicological Safety of the Food Chain 27 February 2023. [sante.g.3\(2023\)3617044](https://sante.g.3(2023)3617044).
- (2024): Catálogo de estatus de nuevos alimentos de la UE. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/food/food-feed-portal/screen/novel-food-catalogue/search> (septiembre de 2024).
- CRESPO VELASCO, A. (2021): «El asunto Kanavape: un posible nuevo horizonte para el cannabidiol (CBD) en España», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 93, mayo-agosto 2021, pp. 199 a 208.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA EL PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS (2023): Resumen ejecutivo EDADES 2022. Madrid. Ministerio de Sanidad. Secretaría general de Sanidad.
- (2023b): Encuesta sobre uso de drogas en enseñanzas secundarias en España (ESTUDES). Madrid. Ministerio de Sanidad. Secretaría general de Sanidad.
- DÍAZ, Ó., DALTON, JAR and GIRALDO, J. (2019): «Revealing the Mechanism of Agonist-Mediated Cannabinoid Receptor 1 (CB1) Activation and Phospholipid-Mediated Allosteric Modulation». *Journal of Medicinal Chemistry*. 13;62(11):5638-5654. DOI: 10.1021/acs.jmedchem.9b00612.
- ECDD. EXPERT COMMITTEE ON DRUG DEPENDENCE (2019): Cannabis recommendations. 24 de enero de 2019. Recuperado de: <https://www.who.int/publications/m/item/ecdd-41-cannabis-recommendations> (septiembre de 2024).
- EFSA NDA Panel (EFSA Panel on Nutrition, Novel Foods and Food Allergens), TURCK, D., BOHN, T., CASTENMILLER, J., DE HENAUW, S., HIRSCH-ERNST, K.I., MACIUK, A., MANGELSDORF, I., McARDLE, H.J., NASKA, A., PEIÁEZ, C., PENTIEVA, K., SIANI, A., THIES, F., TSABOURI, S., VINCETI, M., CUBADDA, F., FRENZEL, T., HEINONEN, M., MARCHELLI, R., NEUHÄUSER-BERTHOLD, M., POULSEN, M., PRIETO MARADONA, M., SCHLATTER, J.R., TREZZA, V., VAN LOVEREN, H., ALBERT, O., DUMAS, C., GERMINI, A.,

- GELBMAN, W., KASS, G., KOULOURA, E., NORIEGA FERNANDEZ, E., ROSSI, A. and KNUTSEN, H.K. (2022): «Statement on safety of cannabidiol as a novel food: data gaps and uncertainties». *EFSA Journal*, 20(6):7322, 25 pp. <https://doi.org/10.2903/j.efsa.2022.7322>.
- FERNÁNDEZ MATELLANO, L. (2022): «Cannabis: situación en España». *Agora. Situación y perspectivas de los problemas derivados del cannabis*. Jueves 31 de marzo de 2022.
- FUSAR-POLI, P., CRIPPA, J.A., BHATTACHARYYA, S., BORGWARDT, S.J., ALLEN, P., MARTIN-SANTOS, R., SEAL, M., SURGULADZE, S.A., O'CARROL, C., ATAKAN, Z., ZUARDI, A.W., MCGUIRE, P.K. (2009): «Distinct effects of $\{\delta\}9$ -tetrahydrocannabinol and cannabidiol on neural activation during emotional processing». *Arch Gen Psychiatry*. 2009;66, pp. 95-105.
- GROtenhermen, F., RUSSO, E., NAVARRETE VARO, R. (ed.) (2003): Cannabis und Cannabinoide. Pharmakologie, toxikologie und therapeutisches Potential. CastellArte S.L.
- GUY, G. W., ROBSON, PH. J., WHITTLE, B. A. (2006): Uso terapéutico del cannabis y los cannabinoides. Barcelona: Pharma.
- HARDISSON DE LA TORRE, A., EXPÓSITO, C., RUBIO ARMENDÁRIZ, C., POZUELO, M.R. (2002): Nuevas perspectivas terapéuticas de los compuestos cannabinólicos. *Revista de toxicología*, 19, (2), 89-92.
- INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA (2009): Cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas. Revisado en 2021. Recuperado de <https://pnsd.sanidad.gob.es/ciudadanos/legislacion/delitos/home.htm> (septiembre de 2024).
- JUNTA DE ANDALUCÍA (2021): *Criterios de actuación por parte de los semilleros para las peticiones de germinación de semillas y de multiplicación vegetativa de cáñamo*. Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible. Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera.
- JUNTA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE ESTUPEFACIENTES DE NACIONES UNIDAS (2005): Material de capacitación convención única de 1961 sobre estupefacientes primera parte: el sistema de fiscalización internacional de estupefacientes. E/INCB/2005/NAR_1. Versión española.
- LINCIANO, P., CITTI, C., RUSSO, F. et al. Identification of a new cannabidiol n-hexyl homolog in a medicinal cannabis variety with an antinociceptive activity in mice: cannabidihexol. *Sci Rep* 10, 22019 (2020). <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79042-2>.
- MARTIN, B., JEFFERSON, R.G., WINCKLER, R.L., WILEY, J.L., HUFFMAN, J.W., CROCKER, P.J., SAHA, B., & RAZDAN, R.K. (1999): Manipulation of the tetrahydrocannabinol side chain delineates agonists, partial agonists, and antagonists. *The Journal of pharmacology and experimental therapeutics*, 290 3, 1065-79 .

OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LAS DROGAS Y LAS ADICCIONES. Informe 2023. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. Madrid: Ministerio de Sanidad. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; 2023. 270 p.

ROGER ADAMS, S. LOEWE, C. M. SMITH, and W. D. MCPHEE (1942): Tetrahydrocannabinol Homologs and Analogs with Marihuana Activity. *Journal of the American Chemical Society* 1942 64 (3), 694-697. DOI: 10.1021/ja01255a061.

SAGREDO, O. (2011): «Efectos farmacológicos y fisiológicos del consumo de cannabis». *Trastornos Adictivos*. 2011;13(3): pp. 94-96.

SOCIDROGALCOHOL (2022): Guía Clínica de Cannabis. Disponible en <https://socidrogalcohol.org/proyecto/guia-clinica-de-cannabis/> (septiembre de 2024).

LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO Y REQUERIMIENTOS PARA SU CONFIGURACIÓN^(*)

JAVIER E. QUESADA LUMBRERAS

Profesor Permanente Laboral de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.– II. MARCO BÁSICO DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO.– III. PLANTEAMIENTO DESDE LOS MODELOS AUTONÓMICOS.– IV. ELEMENTOS ESENCIALES PARA SU CONFIGURACIÓN: 1. Consideraciones previas: *La seguridad jurídica como parámetro de su regulación.* 2. Requerimientos técnico-jurídicos y de gestión.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La evaluación del desempeño se constituye, junto a la carrera profesional y la dirección pública profesional, en una institución imprescindible para el buen funcionamiento y modernización de nuestras Administraciones Públicas. Conscientes de esta realidad, recientemente, se ha vuelto a revalorizar su papel en el ámbito de la Administración General del Estado. Un nuevo punto de inflexión que, desde el derecho del empleo público, nos exige reflexionar sobre el estado de la cuestión en la materia.

Palabras clave: evaluación del desempeño; personal de las Administraciones Públicas; instrumentos de gestión.

ABSTRACT: *Performance evaluation constitutes, together with the professional career and professional public management, an essential institution for the proper functioning and modernization of our Public Administrations. Aware of this reality, recently, its role has been revalued in the field of the General Administration of the State. A new turning point that, from the point of view of public employment law, requires us to reflect on the state of affairs in the matter.*

Key words: performance evaluation; Public Administration personnel; management instruments.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 25/03/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 23/10/2024.

I. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

El pasado mes de diciembre se publicó el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Entre las medidas legislativas que, en materia de función pública, se vienen a considerar urgentes se establecen las siguientes: a) planificación estratégica de recursos humanos; b) acceso al empleo público; c) evaluación del desempeño y carrera profesional; y, d) el personal directivo público profesional.

Todas ellas se constituyen en los elementos más importantes de nuestro modelo de empleo público y, especialmente, la carrera profesional, la evaluación del desempeño y la dirección pública profesional fueron los elementos más innovadores que, en su día (2007), el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP, en adelante) pretendió impulsar para la modernización de nuestras Administraciones Públicas; pero lo cierto es, no obstante, que a día de hoy seguimos sin contar con una Ley de empleo público en el ámbito de la Administración General del Estado y de ahí, precisamente, la urgencia de dar una cobertura legal como requisito necesario para su implementación en este ámbito de gestión.

Sin entrar a valorar la fórmula jurídica elegida para abordar estas medidas urgentes, que sin duda no es la más apropiada, y a la espera de una futura Ley de empleo público de la Administración General del Estado (1), sí nos parece cuando menos plausible que se revalorice su incidencia en el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas. Y, en especial, el del procedimiento de la evaluación del desempeño que constituirá el objeto principal de nuestro estudio, teniendo en cuenta su vinculación con la planificación estratégica de recursos humanos o su incidencia sobre la carrera profesional de los empleados públicos.

Desde esta perspectiva, las características básicas de la evaluación del desempeño para la Administración General del Estado son las siguientes:

- a) Concepto: procedimiento mediante el cual se valora la conducta profesional y se mide el rendimiento o el logro de resultados.
- b) Finalidad: mejorar la productividad de las diferentes unidades y la calidad de los servicios públicos, a través de:

(1) Hay que tener en cuenta, no obstante, que a día de hoy contamos con un proyecto de Ley de la Función Pública del Estado, de fecha 26 de julio de 2024.

— La consecución de los objetivos estratégicos de cada unidad y la motivación de las personas mediante su implicación en la consecución de los mismos.

— El fomento del trabajo en equipo y las relaciones transversales e interorganicas.

— El desarrollo y promoción profesional.

— La mejora de la comunicación e intercambio de información.

— La adquisición de nuevas competencias profesionales, mediante la identificación de las necesidades de formación y capacitación.

— La innovación y mejora continua de los procedimientos.

c) Ámbito subjetivo: personal en situación de servicio activo.

d) Ámbito temporal: periodicidad anual.

e) Naturaleza jurídica y efectos: procedimiento de carácter obligatorio mediante el que se mide y valora la realización de las tareas asignadas al puesto de trabajo cuyos resultados inciden en:

— La percepción de retribuciones complementarias.

— La progresión en la carrera profesional.

— Los criterios para los procesos de selección y provisión de puestos de trabajo.

— La continuidad en el puesto de trabajo.

— La valoración de las necesidades formativas.

f) Requisitos: la puesta en marcha de la evaluación del desempeño, que será objeto de negociación colectiva y dirigida por una Comisión de Coordinación, requiere una previa implantación de la planificación estratégica como instrumento necesario para la determinación de los factores, objetivos y subjetivos, a evaluar.

Estas son, en suma, las características esenciales del modelo de la Administración General del Estado que, naturalmente, habrán de ser concretadas por las respectivas normas reglamentarias en el marco de la negociación colectiva que a tales efectos se lleve a cabo (2). Nos encontramos, por tanto, con un modelo de evaluación del desempeño que comienza a andar y por

(2) Como señala el art. 118 del Real Decreto-ley 6/2023:

«1. Reglamentariamente se determinará el modelo general y el procedimiento para la evaluación del desempeño en la Administración del Estado, de acuerdo con los fines fijados en el artículo 116.2, fundamentado en el cumplimiento de objetivos de cumplimiento de carácter colectivo e individual.

2. Los modelos de evaluación del desempeño, que serán transparentes y participados, se adecuarán a criterios de objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán

ello, a fin de conocer el régimen jurídico en la materia, es preciso conocer los términos planteados en el resto de Administraciones Públicas, no sin antes dejar plasmados, aunque sea de forma sumaria, los fundamentos jurídicos de la evaluación del desempeño en el texto legal, de carácter básico, que vino a dar cobertura jurídica a este procedimiento y/o instrumento de gestión para el conjunto de Administraciones Públicas (TREBEP).

II. MARCO BÁSICO DE LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO

Como es conocido, el art. 20 TREBEP, en su apartado primero, regula la evaluación del desempeño como «el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados». Este procedimiento, además, se establece como una obligación que se ha de implementar en el conjunto de las Administraciones Públicas.

Su inclusión en la normativa básica de empleo público tiene su origen, como es sabido también, en la recomendación contenida en el Informe la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, Informe de la Comisión) (3).

sin menoscabo de los derechos de las empleadas y empleados públicos, con arreglo a los siguientes criterios orientadores:

a) Planificación: la evaluación del desempeño quedará integrada en el marco de la planificación estratégica del departamento ministerial u organismo público, alineando los objetivos de la organización con los del trabajo del personal.

b) Participación: se articularán mecanismos para la participación de las empleadas y los empleados públicos en la definición de los objetivos.

c) Fiabilidad: se fijarán los mecanismos necesarios para comprobar periódicamente la fiabilidad y objetividad de los instrumentos de evaluación.

d) Mejora continua y mensurabilidad de los objetivos: se revisarán, con la participación de las organizaciones sindicales, los modelos de evaluación para asegurar su relevancia y su utilidad para la consecución de los fines establecidos en el artículo 116.2.

e) Revisión: se fijarán garantías suficientes para la revisión del resultado de la evaluación, en caso de que surjan discrepancias respecto a la misma.

3. La conducta profesional se valorará conforme al código de conducta establecido en el capítulo VI del título III del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y se presumirá positiva salvo valoración negativa expresa y motivada.

Se tendrán en cuenta igualmente las adaptaciones del puesto de trabajo y capacidades del personal con discapacidad, especialmente aquellos puestos adaptados para personas con discapacidad intelectual.

4. Igualmente se regulará la creación de comisiones de seguimiento, con participación de la Administración y las organizaciones sindicales más representativas, para la valoración global de los procesos realizados y los resultados obtenidos, así como para la formulación de propuestas de mejora en atención a dichos resultados».

(3) Efectivamente, en el seno del Ministerio de Administraciones Públicas, se aprobaría la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituye la Comisión para

Como quedó reflejado en el Informe de la Comisión, el objetivo de la buena administración exige «una adaptación continua del ordenamiento a los cambios que se producen» para dar respuestas así a los problemas e inefficiencias de nuestro sistema de empleo público. Entre los cuales, a su juicio, destaca «la escasa consideración de los resultados y del desempeño en la carrera y en el sistema retributivo de los empleados públicos» (4).

Partiendo de estas premisas, la Comisión deja apuntadas dos recomendaciones esenciales en esta dirección:

1º) Fundamentar la carrera profesional en la evaluación periódica del rendimiento de los empleados públicos, facilitando tanto la promoción a puestos de grupos superiores como la posibilidad de progresar sin la necesidad de cambiar de puesto de trabajo.

2º) Condicionar la ocupación y permanencia de los puestos de trabajo al resultado de las correspondientes evaluaciones del desempeño periódicas.

Estas recomendaciones, como era bien consciente la propia Comisión, deberían «penetrar en la cultura administrativa de quienes tienen que aplicarlo y del conjunto de los empleados públicos. Debería asimismo impregnar los usos y actividades de los agentes sociales que defienden los diferentes intereses en presencia, intereses que deben compaginarse en todo caso con el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Pues, sin el concurso de los agentes sociales y de los propios empleados públicos, el éxito de cualquier reforma legal de este tipo es francamente incierto».

Y especialmente también, como señala, «requiere mejoras muy significativas en la gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas y un reforzamiento notable de las unidades administrativas que tienen la responsa-

el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, formada por diferentes expertos en la materia, y con la finalidad de llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración de un anteproyecto de Estatuto. Y que tendrá como uno de sus objetivos principales, como expresa la propia Orden mencionada, «configurar una serie de principios y reglas comunes en torno a los cuales las distintas organizaciones públicas encuadren sus respectivas políticas de recursos humanos, dando así coherencia al sistema, pero permitiendo a la vez que esos principios y reglas sean lo suficientemente amplios para que el desarrollo de los mismos permita resolver a cada Administración sus particulares necesidades organizativas».

Hay que tener presente también como antecedente de la evaluación del desempeño la regulación contenida, en materia de carrera y función directiva, en el Proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública de 5 de julio de 1999.

No obstante, como señala F. CASTILLO BLANCO (2023: 1), «al menos desde 1990, con ocasión de los estudios que se realizaron a través del sistema Delphi sobre la Administración pública, sabemos de la necesidad de establecer sistemas que fortalezcan la motivación de los empleados públicos».

(4) MAP (2005: 13).

bilidad de esa gestión, que permita elevar sustancialmente la productividad. Corresponde a la sociedad y a quienes la representan en las instituciones decidir si y hasta qué punto se está dispuesto a hacer acopio de los recursos que precisa construir una Administración mejor» (5).

Para poder comprender el significado y alcance del art. 20 del TREBEP, debemos realizar una lectura previa del precepto para poder alcanzar una visión integral de esta regla que, con carácter obligatorio, habrán de aplicar el conjunto de las Administraciones Públicas. Así, conforme al referido precepto, los presupuestos de la evaluación del desempeño serían los siguientes:

1º) Los sistemas de evaluación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

2º) Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias.

3º) La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

4º) La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del art. 24 c) TREBEP (grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos) y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño.

De la lectura del precepto se desprende, como podemos comprobar, que la denominada evaluación del desempeño debe desplegar algún efecto sobre la carrera horizontal y que, aunque la mayor o menor incidencia de esta figura dependerá de la opción de carrera profesional elegida por cada Administración Pública, lo cierto es también que deberá obligatoriamente condicionar la progresión de los empleados públicos en esta modalidad de carrera.

Pero, además, no sólo debe condicionar la carrera horizontal, pues, como dejó apuntado, también ha de proyectar una incidencia sobre «la formación, la

(5) Este objetivo requiere asimismo, como añade (MAP, 2005: 16), «un esfuerzo de cooperación entre todas las Administraciones Públicas y, muy especialmente, entre las del Estado y las Comunidades Autónomas. También exige una cooperación más estrecha entre las Entidades Locales, ya que algunos de los problemas que tienen planteados sólo podrán resolverse eficazmente en el ámbito supramunicipal, y entre dichas Entidades y aquellas otras Administraciones. El Estatuto Básico, como se dirá, debe proporcionar algunos cauces para esa colaboración. Pero es responsabilidad de los gobernantes impulsarla».

provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias». Variables, todas ellas, que presentan una intensa conexión con la carrera profesional en sentido amplio. Es decir, no sólo sobre esta modalidad horizontal sino también sobre el resto de modalidades ya sea vertical o ya se trate de la promoción interna.

Así, la formación de los empleados públicos se configura también en un factor esencial para poder promover la promoción profesional de los empleados públicos. Y por ello, el TREBEP con buena lógica, la ha configurado no sólo como un derecho de todos los empleados públicos que la Administración está obligada a facilitar, sino que, además, está configurada como un deber de los empleados públicos que las organizaciones públicas podrán exigir al personal a su servicio así como ser objeto de medición.

Del mismo modo, la evaluación de desempeño tendrá que desplegar sus efectos sobre los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias. Ahora bien, habría que preguntarnos, ¿la evaluación del desempeño deberá desplegar sus efectos sobre todos los factores posibles por los que se perciben las retribuciones complementarias?

Para responder a este interrogante debemos acudir al apartado quinto de este art. 20 antes referido, donde la proyección obligatoria de la evaluación del desempeño se dirige sobre las retribuciones complementarias que retribuyen «el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos». Un factor más («entre otros») a tener en cuenta para la percepción de estas retribuciones pero que enlaza íntimamente con la definición de evaluación del desempeño que el legislador básico nos ofrece en el apartado primero del art. 20.

Por tanto, y a pesar de la confusión que pueda generar, los factores indicados en los apartados a) y c) del art. 24 son conceptos retributivos distintos. El primero retribuye la progresión alcanzada en la carrera. Y el segundo retribuye la iniciativa o esfuerzo y especialmente, a nuestro juicio, el rendimiento y resultados obtenidos (6).

(6) Conforme al artículo 24 del TREBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores:

- a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa.
- b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.
- c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.
- d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

Una última cuestión, finalmente, es imprescindible tratar en este punto, pues de los preceptos analizados ya sabemos qué es la evaluación del desempeño y dónde ha de desplegar sus efectos. Pero ¿cómo ha de materializarse este procedimiento?, ¿qué criterios habrán de valorarse para medir y valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados?

Hasta ahora la única referencia en este sentido nos la ha ofrecido el apartado quinto del art. 20 cuando hablaba de «sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo», por lo que para encontrar una respuesta a estos interrogantes, deberíamos acudir a este último apartado que nos reseña. Según el cual, los sistemas de evaluación del desempeño «se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos».

En este último apartado, por tanto, podemos encontrar los criterios o principios que han de regir la evaluación del desempeño y cómo ha de aplicarse este procedimiento. Sin duda alguna, aparte de los criterios que han de regir el funcionamiento de este procedimiento, nos llama la atención especialmente otro efecto añadido que debe derivarse en la aplicación de la evaluación del desempeño. Pues, como señala el precepto, este procedimiento no podrá limitar o menoscabar los derechos de los empleados públicos.

Cabría entender, entonces, que a pesar de que la evaluación del desempeño debería condicionar la progresión en la carrera horizontal, la percepción de las retribuciones complementarias del art. 24 c) y la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso, ¿no pueden menoscabar los derechos de los empleados públicos?

Podemos entender que la gran mayoría de estos derechos no deberían verse afectados en concordancia con los criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación que han de regir este procedimiento. Ahora bien, esta coherencia del legislador básico no nos parece que se pueda trasladar a todo el elenco de derechos que establece en sus arts. 14 y 15. Pues, precisamente, entre ese listado básico podemos encontrar el derecho a la progresión en la carrera profesional, a la percepción de retribuciones o al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional. Por no hablar de la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.

¿Estamos en presencia de otro posible error de redacción?, o podríamos pensar que el legislador básico no quiere que una eventual evaluación negativa incida en estos derechos. Es decir, que como máximo la evaluación del desempeño puede determinar la no progresión del empleado público en su carrera horizontal pero en ningún caso puede suponer un retroceso en el sistema de grados, categorías, escalones u otros conceptos análogos. O qué

decir de la incidencia que la evaluación del desempeño tiene que desplegar en la percepción de una parte de las retribuciones complementarias o sobre la continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso.

Sinceramente, a nuestro parecer, esta última «coletilla» (sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos) no era para nada necesaria. Con los criterios señalados (transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación) era suficiente para entender salvaguardados la mayoría de los derechos de los empleados públicos. Pero no precisamente aquellos a los que la evaluación del desempeño ha de desplegar sus efectos (7).

Pero la cosa no acaba ahí, pues cabría señalar también que echamos en falta alguna referencia al órgano encargado de realizar esas evaluaciones, ¿serán órganos colegidos o unipersonales? Y si la respuesta fuera que se trata de un órgano colegiado, ¿la composición de sus miembros debe cumplir los mismos principios y criterios que los órganos de selección a que se refiere el art. 60? Es decir, ¿deben ajustarse a los principios de imparcialidad, profesionalidad y tender a la paridad de sus miembros?, ¿pueden o no pueden participar el personal de designación política, los funcionarios interinos, el personal eventual o los representantes de los empleados públicos?

Como podemos comprobar, en suma, son muchas incógnitas las que plantea el procedimiento de la evaluación del desempeño. Lo único cierto es que obligatoriamente deberán establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados. La respuesta a todos los demás interrogantes, tal y como está redactado este precepto, dependerá nuevamente de las decisiones

(7) No podemos olvidar, además, que la evaluación del desempeño se configura como un procedimiento administrativo, en el que deben ser recogidas buena parte de las garantías que la LRJPAC establece con carácter general. El procedimiento para la evaluación del desempeño, a juicio de LINDE PANIAGUA (2012: 206 y ss.), «debe seguir las pautas de la Ley 30/92 LRJAP-PAC sin mayores particularidades. Tan sólo nos detendremos en los caracteres de la propuesta que ponga fin al procedimiento. A mi juicio, la propuesta que ponga fin al procedimiento debe ser vinculante para el órgano competente para resolver, en el caso de que no se otorgue esa competencia al mismo órgano colegiado encargado de evaluar. La resolución del procedimiento debe someterse, de la misma manera, a las pautas de la revisión de los actos administrativos, con la particularidad de que el recurso ordinario que proceda debiera sustituirse por un procedimiento de reclamación de los previstos en el art. 107.2 de la Ley 30/92, es decir, debiera encomendarse la resolución de los recursos contra la evaluación del desempeño a órganos colegiados de las mismas o similares características que las que concurren en los órganos evaluadores».

Ahora bien, como aclara el autor, «el resultado de la evaluación debe ser una valoración o calificación no una propuesta de remoción. La remoción puede ser consecuencia de las observaciones que se contengan en la resolución que ponga fin a la evaluación del desempeño que sean susceptibles de iniciar un procedimiento singular de remoción provista de las garantías adecuadas». Y en este caso, a su juicio, «el procedimiento de remoción debiera estar rodeado de las mismas garantías que tiene el procedimiento disciplinario».

que finalmente adopten los legisladores de desarrollo y sus Administraciones Públicas (8).

III. PLANTEAMIENTO DESDE LOS MODELOS AUTONÓMICOS

En el marco autonómico, el planteamiento de buena parte de los legisladores ha sido el de seguir la senda más correcta, desde el punto de vista de la técnica legislativa, es decir, regular, en primer término, la evaluación del desempeño a través de sus respectivas leyes de empleo público, abordando así, de forma integral (a excepción de Asturias), el conjunto de subsistemas que inciden sobre el personal a su servicio. Las notas características de este régimen jurídico autonómico serían las siguientes (9).

En primer lugar, el legislador asturiano a través de su Ley 5/2009 de 29 de diciembre, de séptima modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, para la regulación de la carrera horizontal (10), viene a regular la evaluación del desempeño, como una de las variables a tener en cuenta para validar el ascenso de categoría, mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados (11). Dicha evaluación se realizará obligatoriamente por un superior jerárquico de

(8) Pero, al mismo tiempo, difícilmente puede ser viable el funcionamiento de este tipo de técnicas de gestión sin la existencia de aquellas personas que han de ser los actores principales en su aplicación, es decir, los directivos públicos profesionales. En este sentido, se viene pronunciando también la doctrina más especializada en esta materia. Así como señala GORRITI BONTIGUI (2012: 270): «Sólo quien ha sido evaluado para desempeñar este rol, está siendo evaluado en la consecución de los objetivos comprometidos y al final de su mandato se le juzgará por ellos, puede asumir la ED como una de sus funciones naturales. La figura del Directivo Público Profesional se convierte así en una de las condiciones ineludibles de la implementación de la ED». Las funciones más importantes del directivo público en relación con la evaluación del desempeño, a juicio del autor, serían las siguientes: 1) Establecimiento de cauces formales y personales de comunicación con sus subordinados; 2) Establecimiento de una amplia red de relaciones en el ámbito de su competencia; 3) Motivación y conformación de equipos. Gestión de la información de sus subordinados; 4) Representación, identidad y defensa del equipo y sus miembros; 5) Gestión individual del reconocimiento; 6) Gestión de conflictos entre personas.

(9) Para conocer el estado de la cuestión en el ámbito autonómico resulta de gran interés el trabajo de RASTROLLO SUÁREZ (2017).

(10) Desarrollado por el Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias, que a su vez ha sido modificado por el Decreto 12/2013, de 6 de marzo.

(11) El bloque de la evaluación del desempeño se verificará, como así establece el art. 31 del Reglamento, mediante la valoración individual de los funcionarios respecto de los siguientes factores:

- a) Área de desempeño de tarea.
- b) Área de desempeño contextual y organizacional.

los funcionarios y contará con la conformidad del responsable superior del evaluador (12). Además, se establece la existencia de una Comisión de revisión, como órgano colegiado de carácter técnico y permanente, a la que le corresponde conocer de cuantas solicitudes de revisión se deriven del proceso de evaluación del desempeño (13).

En segundo lugar, Castilla-La Mancha con su Ley 4/2011, de 10 de marzo, viene a subrayar que la aplicación de los sistemas de evaluación del desempeño requiere un análisis y descripción de los puestos de trabajo que incluya, como mínimo, las funciones de los puestos de trabajo y sus estándares e indicadores de rendimiento. Los cuales, además, deben estar a disposición

El área de desempeño de tarea valorará la competencia con la que los funcionarios desarrollan las actividades que contribuyen a producir los servicios propios de la gestión de la organización y que son reconocidas por la Administración como parte de su puesto de trabajo.

Por su parte, el área de desempeño contextual y organizacional comprenderá aquellas conductas o comportamientos que contribuyen a la eficacia de la administración ayudando al contexto social y humano, con actitudes que definen el ambiente del puesto de trabajo y sirven como catalizadores y facilitadores del desempeño de las tareas, propias y de otros, así como las conductas y acciones realizadas voluntariamente por los funcionarios que resultan relevantes para los legítimos intereses de la Administración.

Todo este estado de cosas, además, se valorará conforme a las diferentes dimensiones y criterios que minuciosamente se detallan en los arts. 32 y ss. del referido Reglamento.

(12) No obstante, como así establece en el art. 28 del Reglamento, dicha conformidad se exceptuará en aquellos supuestos en que los funcionarios a evaluar dependan directamente de un alto cargo. Así, los altos cargos evaluarán exclusivamente al personal que preste servicios bajo su dependencia directa.

Además, con carácter general, para desempeñar la función de evaluador se requiere ostentar la condición de personal con vinculación fija de la Administración del Principado de Asturias, salvo en el caso de los altos cargos.

Por su parte, y de forma previa al inicio de cada período de evaluación la Consejería competente en materia de función pública, a propuesta de las Secretarías Generales Técnicas de las distintas Consejerías y de las Direcciones o Gerencias de los distintos organismos públicos y entes públicos, determinará el superior jerárquico a quien corresponda realizar la evaluación, el colectivo de funcionarios asociados al mismo y el responsable superior del evaluador, quienes funcionarán bajo la denominación de Unidad de evaluación (art. 39.1 del Reglamento).

(13) La Comisión de revisión (art. 44 del Reglamento) estará compuesta por: El Director General competente en materia de evaluación del desempeño, que será su Presidente, pudiendo ser sustituido por un Jefe de Servicio de dicho ámbito. Y los siguientes Vocales:

- a) El titular de la Inspección General de Servicios o funcionario designado por éste.
- b) Un letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.
- c) El titular del Servicio competente en materia de evaluación del desempeño o funcionario designado por éste.
- d) El titular del Servicio competente en materia de administración de personal o funcionario designado por éste.

Por su parte, el Secretario será un funcionario de carrera de la Dirección General competente en materia de evaluación del desempeño, designado por el Presidente.

de las personas que ocupen los puestos de trabajo en el momento de su incorporación. Una vez cumplidas estas premisas de partida, cada Administración deberá valorar, como mínimo, los siguientes factores:

- Grado de cumplimiento de los estándares de rendimiento del puesto de trabajo.
- Cumplimiento de objetivos y metas de carácter colectivo.
- Responsabilidad y autonomía que se asume en el puesto.
- Actitud en la organización y trabajo en equipo.
- Orientación a las personas destinatarias del servicio.
- Creatividad e iniciativa.
- Competencia personal (14).

En tercer lugar, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura y la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco vienen también a plantear la necesidad de una previa descripción y análisis de los puestos de trabajo para la implementación de la evaluación del desempeño, remitiendo, por lo demás, al desarrollo reglamentario la determinación de los elementos esenciales de este procedimiento (15).

El legislador valenciano, por su parte, modificando su anterior Ley 10/2010, a través de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana y la Ley 9/2023, de 5 de mayo, de función pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, vienen a seguir los planteamientos establecidos por la legislación básica, remitiendo asimismo al desarrollo reglamentario, la determinación de las diferentes variables del procedimiento de la evaluación del desempeño (efectos, composición y funcionamiento de la comisión técnica, etc.) (16).

(14) El legislador manchego, como podemos comprobar, viene a plasmar con precisión los méritos a valorar en el propio procedimiento. Aunque, en este caso, remite la periodicidad en la aplicación del procedimiento de evaluación del desempeño al correspondiente desarrollo reglamentario.

(15) Como establece el art. 113 de la Ley de Extremadura: el sistema y el procedimiento para la evaluación del desempeño se determinarán reglamentariamente, así como los efectos del resultado de la misma sobre la carrera profesional, la formación, la provisión de puestos de trabajo y la percepción de las retribuciones complementarias correspondientes.

Asimismo, la continuidad del personal funcionario de carrera en los puestos de trabajo obtenidos por concurso quedará vinculada al resultado de la evaluación del desempeño, de acuerdo con el sistema que se determine reglamentariamente, dándose audiencia a la persona interesada y a través de la correspondiente resolución motivada.

(16) Así, por ejemplo, conforme al art. 137 de la ley valenciana se establece que:

1. La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados con el fin de individualizar y diferenciar la contribución del personal empleado público.

La Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, dedica tres preceptos a este procedimiento, en el que habrá de valorarse la conducta profesional necesariamente en base a los siguientes criterios:

- El grado de cumplimiento de los deberes profesionales que esta ley impone a los empleados públicos.
- El grado de interés, iniciativa y esfuerzo con los que los empleados públicos realicen su trabajo y, en particular, la implicación de los mismos en la actualización y perfeccionamiento de su cualificación profesional.

Por su parte, la valoración del rendimiento o logro de resultados se basará en los siguientes fines:

- La consecución de los objetivos de dicha unidad administrativa.
- La mejora de la organización y gestión administrativas a través de la participación en procesos de innovación y de buenas prácticas en favor de la excelencia y la normalización y racionalización de procesos.

Finalmente, en Andalucía, se viene a dedicar cuatro preceptos a la evaluación del desempeño en su Ley 5/2023, de 7 de junio. Así, entre los aspectos más plausibles, podemos subrayar que se condiciona su puesta en marcha a la implementación de la planificación estratégica; se determinan los principales efectos positivos y negativos que se derivan, algunos de los cuáles se concretarán reglamentariamente; y, se establecen, a modo orientativo, los criterios a valorar:

Las administraciones públicas, organismos públicos, consorcios y universidades públicas sujetas al ámbito subjetivo de aplicación de esta ley implantarán sistemas que permitan la evaluación del desempeño del personal empleado público a su servicio, mediante la valoración de la conducta profesional y la medición del rendimiento o los resultados obtenidos.

2. Los sistemas de evaluación se orientarán a la mejor gestión de las administraciones públicas, organismos públicos, consorcios y universidades públicas, al progreso y desarrollo profesional del personal empleado público, favoreciendo la motivación del mismo mediante su implicación en los objetivos previamente fijados por la organización conforme se establezca reglamentariamente.

3. Los instrumentos que conformen los sistemas de evaluación se adecuarán en todo caso a criterios de transparencia, publicidad, objetividad, fiabilidad y relevancia de contenidos, de imparcialidad y no discriminación, y se aplicarán sin menoscabo de los derechos del personal empleado público.

4. El procedimiento y la periodicidad para la evaluación y la composición y funcionamiento de los órganos encargados de la misma, así como los efectos de su resultado sobre la carrera horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y, en su caso, la percepción del complemento de actividad profesional, será el establecido reglamentariamente.

5. La continuidad del personal funcionario de carrera en los puestos de trabajo obtenidos por concurso quedará vinculada al resultado de la evaluación de acuerdo con el sistema y el procedimiento que se determine reglamentariamente, dándose audiencia a la persona interesada y a través de la correspondiente resolución motivada.

— El grado de interés, la iniciativa, la aptitud y la actitud con los que se realice el trabajo, incluida la acreditación de competencias a través de la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional.

— La contribución al logro de los objetivos del órgano o de la unidad administrativa correspondiente y, en su caso, la consecución de los objetivos profesionales que se fijen.

— La participación en procesos de innovación y formativos, proyectos institucionales y de buenas prácticas en favor de la excelencia y la normalización y racionalización de procesos, y en procesos de gestión y generación de nuevo conocimiento, para la mejora de la organización y gestión administrativas.

— La conducta profesional se valorará conforme al código de conducta establecido en el capítulo VI del título III del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, y se presumirá positiva, salvo valoración negativa expresa y motivada.

Estas son, en suma, las notas características de los modelos autonómicos de evaluación del desempeño que, a falta de su concreción por las respectivas normas reglamentarias, vienen a seguir, en mayor o menor medida, los planteamientos del TREBEP. Un planteamiento que es, lógico por lo demás, aunque no es menos cierto también que se reproducen, o no son abordados, ciertas incongruencias o lagunas jurídicas relevantes en la materia.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES PARA SU CONFIGURACIÓN

1. Consideraciones previas: La seguridad jurídica como parámetro de su regulación.

Sin duda alguna, como ya venimos señalando desde páginas atrás, la evaluación del desempeño, junto a la carrera profesional y la dirección pública profesional, constituyen las instituciones más importantes que nuestra normativa básica viene a plasmar, aunque sea cierto también que su concreta regulación en el marco del TREBEP no pueda considerarse totalmente satisfactoria.

Pero centrándonos en el procedimiento que ha de medir y valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados, tal y como ha quedado configurado en el texto del TREBEP y en las leyes autonómicas, varias consideraciones debieran ser puestas de manifiesto (17).

Nos referimos, concretamente, a las dudas e incertidumbres que el TREBEP ha dejado planteadas con la regulación del procedimiento de la evaluación

(17) Interesante también es la visión que nos aporta RASTROLLO SUÁREZ (2018) en este cambio de paradigma en nuestras Administraciones Públicas.

del desempeño y que vienen a reproducirse, en mayor o menor medida, en las leyes autonómicas, y que podrían sintetizarse en los siguientes interrogantes: ¿Están legitimadas las Administraciones Públicas para regular directamente esta materia sin una regulación previa de los legisladores de desarrollo?, ¿puede desplegar otros efectos más allá de los estrictamente recogidos en el art. 20 TREBEP?, ¿cómo debiera articularse este procedimiento?, ¿qué garantías jurídicas han de quedar salvaguardadas? A todos estos interrogantes, y otros ligados a ellos, nos disponemos a dar respuesta. De su adecuada solución depende, a nuestro juicio, el éxito o el fracaso de esta institución.

Por lo que se refiere al primero de los interrogantes, si los legisladores de desarrollo pueden entrar a regular esta materia (como así efectivamente lo han realizado), tal y como podría cuestionarse a tenor del art. 20 TREBEP, que en todo momento se dirige directamente a las Administraciones Públicas sin hacer referencia alguna a las Leyes de Empleo Público.

La respuesta a este interrogante debiera ir encaminada en los efectos que la evaluación del desempeño puede desplegar. Es decir, si conforme a los planteamientos del TREBEP, la evaluación del desempeño debe desplegar sus efectos sobre la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias, y especialmente, entre éstas últimas, en las que se retribuye el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el que se desempeña el trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

No me parece razonable que las Administraciones Públicas puedan llegar a condicionar los planteamientos en una serie de materias cuya regulación corresponde, en primer término, a los legisladores de desarrollo, y ello no sólo por razones obvias de respeto y garantía de los principios de legalidad y de jerarquía normativa del art. 9.2 CE, sino porque además nos encontramos con materias cuya delimitación de los contornos esenciales corresponde a una norma con rango de ley, como así ha venido dejando bien claro nuestra jurisprudencia constitucional en virtud del art. 103.3 CE (SSTC 99/1987, 11 de junio; 235/2000, de 5 de octubre; y, 37/2002, de 14 de febrero).

El problema, como tantas veces sucede, es la determinación de la frontera entre la Ley y el Reglamento, y más aun en una materia que, como sabemos, ha introducido *ex novo* el legislador básico del TREBEP.

Pero, en cualquier caso, lo que debiera parecer claro es que el procedimiento de la evaluación del desempeño es una materia sobre la que los legisladores de desarrollo, a mi parecer, han de establecer una regulación de sus elementos esenciales, y más concretamente, de los efectos que puede llegar a desplegar, incluso más allá de los planteamientos básicos del TREBEP; y especialmente de las garantías jurídicas que necesariamente han de revestir a este procedimiento administrativo. Teniendo en cuenta, más si cabe, que la

evaluación del desempeño será determinante en la continuidad de un puesto de trabajo obtenido por concurso (18).

Por ello, en definitiva, todos estos contornos tan sensibles para la legitimación de este procedimiento han de quedar salvaguardados por una norma con rango legal, en esas leyes de desarrollo al TREBEP.

Otra cosa distinta es la determinación del propio sistema de medición, de los factores o variables específicos a evaluar, cuya determinación, a mi juicio, debiera corresponder a las propias Administraciones Públicas en correspondencia, valga la redundancia, de las funciones que cada uno de los puestos de trabajo tiene asignado en esa concreta estructura organizativa, y de los objetivos individuales y colectivos marcados por la propia organización.

Bajo este marco legal y reglamentario es preciso aclarar, asimismo, otro de los interrogantes planteados más arriba. Es decir, sobre los efectos que puede llegar a desplegar el procedimiento de la evaluación del desempeño y las garantías que necesariamente han de revestir a este proceso evaluatorio, y que como venimos señalando, deberían quedar establecidos por los legisladores de desarrollo.

En este sentido, como ya hemos dejado entrever, los legisladores de desarrollo pueden establecer otros efectos que la evaluación del desempeño puede desplegar, más allá de los estrictamente recogidos por el TREBEP; y ello no sólo porque nada impide que esto sea posible, teniendo en cuenta los términos flexibles con los que el legislador básico regula esta materia, sino porque, como ya lo hemos apuntado en otra ocasión, la evaluación del desempeño es una institución que debiera garantizar la adecuada articulación de la carrera profesional. Pero no solo de su modalidad horizontal sino de todas las modalidades que deja abiertas el TREBEP así como cualquier otra que el legislador de desarrollo pudiera innovar.

De hecho, de los propios términos utilizados por el legislador básico así se desprende. Si la evaluación del desempeño despliega sus efectos sobre la

(18) Como advierte F. CASTILLO BLANCO (2024: 1), «si queremos que esa técnica tenga ciertos efectos que afectan a materias donde existe una reserva legal, como en las regulaciones más recientemente dictadas se realiza, esta y las autonómicas realizadas en los últimos años, es preciso una norma legal. A esos efectos, el Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público, grupo de trabajo de la evaluación del desempeño (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas – MHAP, 2013), enumeró aquellos aspectos de la evaluación del desempeño cuya regulación debería hacerse necesariamente por ley».

— La naturaleza jurídica del procedimiento de evaluación y su conexión con la carrera profesional, la provisión de puestos, el sistema retributivo y la formación.
— La definición de los principios informadores del modelo.
— La definición de las personas evaluadoras.
— La determinación del objeto de la evaluación.
— Los efectos y la revisión de la evaluación».

provisión de los puestos de trabajo, parece claro que también incidirá en la modalidad vertical de carrera. Pero esta determinación de los efectos, a mi juicio, no debería centrarse en el eventual cese de un puesto de trabajo obtenido por concurso. Me parece carente de sentido que la evaluación del desempeño pueda condicionar el cese o continuidad en el puesto y no pueda condicionar el propio acceso al puesto de trabajo cuya cobertura se materializa por los procedimientos de provisión.

Es más, la evaluación del desempeño no sólo debería ser valorada entre los méritos y capacidades tenidos en cuenta en el procedimiento de provisión de concurso, sino que además, debería ser un factor determinante en otros procedimientos de provisión que puedan establecerse (art. 78.3 TREBEP), y que nos conecta nuevamente con las medidas de movilidad que las Administraciones Públicas pueden adoptar en el marco de la planificación de recursos humanos (art. 69 TREBEP).

Pero es que, asimismo, la evaluación del desempeño también debiera desplegar sus efectos sobre las otras modalidades de carrera que ha planteado el legislador básico. Es decir, sobre la promoción interna vertical y horizontal, y ello no sólo porque nada impide que los legisladores de desarrollo puedan incluir los resultados obtenidos en la evaluación del desempeño como uno de los méritos a valorar, sino porque, además, tampoco me parece acertado que este procedimiento solo vaya a desplegar sus efectos sobre unas modalidades de carrera y sobre otras no.

Y más aún, si partimos de la idea de que la carrera profesional debiera ser una sola, por la que se puede progresar por diferentes itinerarios o modalidades de carrera. Por tanto, la evaluación del desempeño tendría que desplegar sus efectos sobre todos y cada uno de estos itinerarios de carrera profesional.

Una última cuestión o interrogante nos queda por responder, la articulación propia de este procedimiento de la evaluación del desempeño, teniendo muy presente los efectos que puede llegar a desplegar y de cuya adecuada respuesta, depende el propio éxito o fracaso en la implementación de la cultura de la evaluación del desempeño en nuestras Administraciones Públicas.

A mi juicio, la implantación de la evaluación del desempeño debe ser un proceso progresivo o gradual en nuestras Administraciones Públicas. Es decir, no se puede comenzar a aplicar desde el momento en que los legisladores de desarrollo proponen sus modalidades de carrera profesional, y cada Administración Pública decide implantar una modalidad concreta en función de su propia estructura orgánica, de los puestos de trabajo y las posibilidades de progreso que sus empleados públicos pueden llegar a desarrollar.

Hay que ser conscientes de que, en la gran mayoría de nuestras Administraciones Públicas, no existe esta cultura de la evaluación, y que además, estamos ante un proceso que de por sí es costoso y no sólo en términos económicos.

Requiere de la implantación de unos métodos de trabajo con los que no están familiarizados nuestras organizaciones públicas: análisis de los puestos de trabajo, construcción del propio sistema evaluatorio, (es decir, las variables objeto de medición), formación de los evaluadores, creación de órganos encargados de resolver las reclamaciones que se puedan plantear, etc. Y no podemos olvidar, además, que la evaluación del desempeño se configura como un procedimiento administrativo, en el que deben ser recogidas buena parte de las garantías que la LPAC establece con carácter general (19).

2. Requerimientos técnico-jurídicos y de gestión

Con todas estas premisas de partida que hemos apuntado, parece claro que la evaluación del desempeño no puede implantarse de forma automática. Son muchos los requerimientos y desafíos los que plantea, sin que ello cuestione la necesidad de un procedimiento de esta envergadura.

De hecho, a mi juicio, esa es una de las razones por las que el legislador básico del TREBEP lo ha venido a configurar con carácter obligatorio. Era consciente de las resistencias y detractores que iba a encontrarse en su camino, de las propias Administraciones, de sus empleados públicos y de sus representantes sindicales. Por ello aunque no hay ninguna duda en que su implantación sea obligatoria, ello no significa que sea automática, sino que se ha de afrontar como un proceso progresivo y en fases (20).

(19) El procedimiento para la evaluación del desempeño, a juicio de E. LINDE PANIAGUA (2012:206 y ss.), «debe seguir las pautas de la Ley 30/92 LRJAP-PAC sin mayores particularidades. Tan sólo nos detendremos en los caracteres de la propuesta que ponga fin al procedimiento. A mi juicio, la propuesta que ponga fin al procedimiento debe ser vinculante para el órgano competente para resolver, en el caso de que no se otorgue esa competencia al mismo órgano colegiado encargado de evaluar. La resolución del procedimiento debe someterse, de la misma manera, a las pautas de la revisión de los actos administrativos, con la particularidad de que el recurso ordinario que proceda debiera sustituirse por un procedimiento de reclamación de los previstos en el art. 107.2 de la Ley 30/92, es decir, debiera encomendarse la resolución de los recursos contra la evaluación del desempeño a órganos colegiados de las mismas o similares características que las que concurren en los órganos evaluadores».

Ahora bien, como aclara el autor, «el resultado de la evaluación debe ser una valoración o calificación no una propuesta de remoción. La remoción puede ser consecuencia de las observaciones que se contengan en la resolución que ponga fin a la evaluación del desempeño que sean susceptibles de iniciar un procedimiento singular de remoción provista de las garantías adecuadas». Y en este caso, a su juicio, «el procedimiento de remoción debiera estar rodeado de las mismas garantías que tiene el procedimiento disciplinario».

(20) Entre nuestra doctrina, L.M. ARROYO YANES (2012:257-258), también se expresa bastante crítico. Así como señala: «(...) antes de embarcarnos en la nave de la evaluación del desempeño con todas sus consecuencias, deberíamos de haber agotado, algo que no se ha hecho, el esquema rector que se seguía en la LMRFP reformada, y que entraña con la visión tradicional en esta materia. En ella el rendimiento del funcionario se supone y aunque no se mida se sabe que está ahí y es un elemento de fortaleza del sistema administrativo;

Pero es que, en ningún caso, puede perderse de vista que la evaluación del desempeño no puede ser entendida como un proceso de aplicación automática, que se puede implantar sin más tras su regulación en las respectivas normas legales y reglamentarias. Esta institución requiere un análisis de la propia estructura de puestos de trabajo de cada organización, de las funciones que tiene asignadas o debiera tener asignadas cada puesto concreto, de los objetivos que debería cumplir cada empleado público y la organización en su conjunto.

Por todo este estado de cosas, son varias las consideraciones que, a mi juicio, deberían ser tenidas en cuenta en la configuración de esta institución:

1º) No puede implantarse ninguna evaluación del desempeño sin un previo análisis de los puestos de trabajo de cada organización, de las funciones que cada puesto tiene asignado, de los objetivos que cada puesto y cada empleado público debe cumplir en esa concreta Administración Pública. Sólo con un informe claro de los puestos de trabajo, de sus perfiles y de las funciones que cada empleado público ostenta en la organización, es posible asignarle unos objetivos concretos en virtud de los cuales pueda medirse objetivamente el logro o cumplimientos de los mismos (21).

2º) El sistema de evaluación debe responder a los resultados obtenidos en esa fase previa de análisis. Por ello únicamente debería ser objeto de medición el nivel de cumplimiento o logro de resultados, y esos resultados no son otros que los propios objetivos marcados a cada empleado público en función del puesto de trabajo que desempeña, y que son los que nos permiten medir objetivamente el rendimiento y desempeño de cada empleado público (22).

es decir, la premisa no es que ese rendimiento no se esté dando o que no se sepa en qué grado lo está siendo, sino que se parte de la idea de que las funciones se están prestando de modo adecuado. Si esta premisa fuera falsa, cabe añadir, la imposición de la evaluación del desempeño hubiera sido general y sin solución de continuidad, algo que no se ha producido, pues su vinculación no lo sería sólo a una serie de campos en exclusiva».

(21) En el MAP (2013: 5-6), se señalan los siguientes instrumentos técnicos que pueden permitir la implantación de sistemas de evaluación del desempeño, a saber: catálogos de competencias y análisis de puestos de trabajo; áreas funcionales; dirección por objetivos; gestión por competencias; y, la implantación de la dirección pública profesional.

(22) En Francia, la evaluación profesional está basada fundamentalmente en la entrevista INAP (2012: 18): «En este sentido, el decreto 2010-888, de 28 de julio, sobre las condiciones generales de la evaluación profesional de los funcionarios del Estado de 2010 señala como criterios de evaluación, entre otros, «la "manera de trabajar" (*maniére de servir*) y la "experiencia profesional adquirida". Son dos criterios muy abiertos, que cada ministerio puede interpretar hasta cierto punto, ya que son los ministerios, mediante órdenes, los que detallan y concretan los procesos de evaluación más allá de lo señalado en el decreto. La indefinición de la norma puede permitir un ámbito demasiado grande de subjetividad en la evaluación, por lo que la administración francesa, la Dirección General de la Administración y la Función Pública, ha desarrollado un diccionario de competencias entre cuyos objetivos declarados se encuentra el de contribuir a "objetivar" la entrevista profesional anual».

La conducta profesional a que hace referencia el art. 20.1 TREBEP (trato con los compañeros o nivel de satisfacción de los usuarios y los destinatarios de los servicios públicos) no debería ser objeto de medición (23). No sólo por la dificultad que puede conllevar establecer un sistema fiable y objetivo que mida esas variables, sino, además, porque con la evaluación exclusiva de los objetivos establecidos previamente por la organización se minimizan la aparición de posibles factores de riesgo: arbitrariedad en la medición y valoración de las diferentes variables que pueden establecerse para evaluar la conducta profesional de cada empleado público (24).

3º) El procedimiento de la evaluación del desempeño para su configuración como tal, más allá del propio sistema de evaluación al que hemos referenciado en el punto anterior, debe estar revestido de las necesarias garantías jurídicas, sin las cuales no puede existir ningún procedimiento administrativo, por lo que más allá de la figura del evaluador que podría ser identificado en la figura del

(23) Como señala C. Galindo (2011: 11) en el marco de las experiencias piloto que se vienen desarrollando en el Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, del anterior Ministerio de Economía y Hacienda: «Un mayor índice de dificultad se manifiesta en lo que se refiere a la evaluación del desempeño de las competencias. Aquí se trata de medir cómo desarrollan las personas una determinada habilidad o destreza, que muchas veces se manifiesta en comportamientos. En esto nos encontramos con varias circunstancias. Los evaluadores tiene mayor dificultad en observar estos comportamientos, las guías metodológicas para medirlos no siempre son de mucha ayuda y, además, detectar las competencias que son más determinantes para desempeñar con éxito un puesto es una cuestión que entraña un trabajo técnico. De ahí se deriva que los evaluadores no siempre se sientan cómodos al evaluar las competencias. Este es un aspecto que la Dirección General está ahora explorando con más profundidad, de cara a mejorar el modelo en un futuro más o menos inmediato».

(24) En este sentido, como señala M. GORRITI BONTIGUI (2012: 266), no debe haber ningún sistema de evaluación del desempeño (ED) que no cumpla con las siguientes condiciones técnicas:

- «1. Toda ED debe estar basada y diseñarse desde un análisis del puesto de trabajo.
2. Toda ED debe tener como contenido de la medida, sólo, comportamientos laborales relevantes. No variables predicables del empleado público (conocimientos, aptitudes o rasgos de personalidad).
3. Los comportamientos que deben medirse deben estar bajo el dominio del empleado público. No deben ser objeto de la ED la evaluación de grupos. A estos se les puede medir por la consecución de sus objetivos generales.
4. Los comportamientos profesionales objeto de la ED, además de relevantes deben ser fiables (transparentes, objetivos, replicables, consistentes) y deben diferenciar a los empleados públicos en su quehacer diario.
5. El instrumento que se diseñe debe ser un proceso sistemático en el que todos los evaluados que hagan lo mismo en el mismo contexto, estén sometidos a los mismos criterios, en el mismo orden y con la misma posibilidad de observación.
6. El instrumento de ED que se diseñe debe basarse en un estándar de desempeño pre establecido, que concretará, sin exhaustividad, qué es hacer bien un trabajo y ejemplificará los gradiéntes de la escala con la que se valorará la conducta laboral del empleado público».

directivo público profesional (25), debería existir un órgano colegiado externo de carácter técnico encargado de resolver las posibles reclamaciones, en cuya composición no debe figurar ningún personal de elección o de designación política, personal eventual, ni los representantes de las organizaciones sindicales.

Todo ello teniendo en cuenta, especialmente, los efectos que una evaluación positiva o negativa puede llegar a desplegar (progresión en la carrera, percepción de retribuciones o el cese del puesto de trabajo) (26).

Y ello con independencia de que esos efectos se materialicen en otro procedimiento distinto, ya sea en el procedimiento de reconocimiento de tramos o categorías, en el procedimiento de provisión o selectivo de que se trate, en el procedimiento de establecimiento de las retribuciones complementarias o ya sea en el procedimiento de remoción del puesto de trabajo, porque en todos ellos deberían estar presentes las exigencias de audiencia y motivación de la resolución a que hace referencia el art. 20.4 TREBEP, y no solo en el de la remoción del puesto de trabajo.

Precisamente, en el delicado tema de la remoción del puesto de trabajo es donde los legisladores de desarrollo, ante la remisión del TREBEP, deberían dejar reflejadas las garantías jurídicas propias de su modelo de carrera. En el sentido de que han de quedar reflejadas unas reglas claras sobre la reubi-

(25) En este sentido, se viene pronunciando también la doctrina más especializada en esta materia. Así como señala M. GORRITI BONTIGUI (2012: 270): «Sólo quien ha sido evaluado para desempeñar este rol, está siendo evaluado en la consecución de los objetivos comprometidos y al final de su mandato se le juzgará por ellos, puede asumir la ED como una de sus funciones naturales. La figura del Directivo Público Profesional se convierte así en una de las condiciones ineludibles de la implementación de la ED».

(26) Como señala la STS de 5 de marzo de 2007, «(...) se ha de entender implícita en la invocación que estos preceptos hacen del principio de especialidad y de la necesidad de que la composición del tribunal sea eminentemente técnica. Así mismo, este requerimiento no se puede considerar operativo sólo en el momento inicial de nombramiento de los vocales, sino que será exigible para la válida actuación del tribunal en cada una de las sesiones y en los diferentes ejercicios que integren el proceso selectivo».

En relación con la discrecionalidad técnica de los órganos (selectivos), la STS de 18 de abril de 2007 distingue entre: «El “núcleo material de la decisión técnica”, reservada en exclusiva a aquellos órganos. Su «contorno», constituido por el respeto a las reglas básicas del procedimiento y la inexistencia de duelo o coacción. En estos aspectos, la actuación de los órganos selectivos está sujeta a control jurisdiccional».

El análisis conjunto de estas dos premisas, como recoge la STSJ de Cataluña de 3 de junio de 2005 «conduce al TS a concluir que sin desconocer que los órganos calificadores disfrutan de la mencionada discrecionalidad técnica en el desarrollo de su actuación, es posible, no obstante, la revisión jurisdiccional de su actuación en circunstancias como: existencia de intencionalidad; coacción; infracción de las normas reglamentarias que regulen su actuación y, únicamente, de las propias bases de la convocatoria; defectos formales substanciales; producción de indefensión; desviación de poder; evidencia de un resultado manifiestamente arbitrario; y apreciación de los hechos de manera indudablemente errónea».

cación de ese empleado público en otro puesto de trabajo correspondiente a su agrupación profesional.

Pero, a mi juicio, esta remoción del puesto de trabajo no debería estar dirigida exclusivamente para aquellos puestos a los que se accede por el procedimiento de provisión de concurso. Si consideramos que la evaluación del desempeño pueda desplegar sus efectos sobre cualquier itinerario o modalidad de carrera profesional, también debería desplegar sus efectos sobre la modalidad de promoción interna vertical y horizontal. En el sentido de que el resultado negativo de la evaluación del desempeño pudiera también activar el procedimiento de remoción de aquellos puestos de trabajo a los que se ha accedido por el correspondiente proceso selectivo. Del mismo modo que llegamos a sostener que la evaluación del desempeño debe extender sus efectos no solo en el cese sino también en el acceso de los puestos de trabajo obtenidos por concurso.

El mismo planteamiento lo trasladaríamos también para la remoción de los puestos de trabajo a los que se accede vía promoción interna, cuya remoción debería garantizada con el desempeño de un puesto de trabajo correspondiente al Cuerpo o Escala del Grupo (o Subgrupo) al que pertenecía antes de acceder al puesto de trabajo objeto de remoción.

Lógicamente, en el caso de la modalidad horizontal de carrera el planteamiento no puede ser el mismo. En este caso, la evaluación del desempeño debe desplegar sus efectos no solo para condicionar un eventual progreso en el sistema de grados o categorías en que se estructure esta modalidad de carrera, sino que, a mi parecer, también debiera posibilitar una eventual desprogresión en ese sistema de carrera. Pues, carecería de sentido que unos itinerarios o modalidades de carrera sí se pudiera descender en la estructura de puestos de trabajo. Y, en cambio, en la modalidad horizontal de carrera no se pudiera desprogresar en el sistema de tramos o categorías en que se estructura esta modalidad de carrera.

A nuestro juicio, si compartimos que la carrera profesional debe ser entendida como una sola, por la que se puede ascender o progresar por diferentes itinerarios o modalidades. No me parece razonable que en la modalidad horizontal de carrera no se pueda desprogresar. Y, más aun, cuando en esta modalidad de carrera siempre estaría salvaguardada la garantía jurídica del desempeño de un puesto de trabajo. Al ser éste la base en torno al cual se estructura el sistema de tramos o categorías de esta modalidad horizontal de carrera (27).

(27) Conviene no olvidar, como advierte F. CASTILLO BLANCO (2024: 1), «que para que un modelo de este tipo sea verdaderamente eficaz en la incentivación del rendimiento, deben darse dos circunstancias fundamentales:

4º) En cuanto al tema de la voluntariedad u obligatoriedad de los empleados públicos de someterse al procedimiento de la evaluación del desempeño. A mi juicio, si bien es cierto que es recomendable que en este proceso de implementación se considerarse la posibilidad de establecer periodos transitorios o de prueba, ello no obsta a que los empleados públicos estén obligados a someterse a la evaluación del desempeño. Se trata, en suma, de un procedimiento obligatorio en todas sus fases (28).

— Que el volumen global de incentivo en materia económica sea significativo con respecto a la totalidad de las retribuciones y sensible (tanto al alza como a la baja) a los resultados del órgano evaluado. Esta condición presenta a su vez dos dificultades: las restricciones presupuestarias, que pueden limitar los resultados económicos del modelo, y las presiones por parte de los departamentos afectados para minimizar el recorte los años en los que los resultados experimentan caídas significativas.

— Que los criterios de distribución y los importes individuales acreditados a los funcionarios en materia retributiva estén en relación con su participación en la consecución de los resultados. Esta circunstancia tiene como principales problemas la dificultad para medir, según qué tipo de trabajo, el rendimiento individual y su relación con los resultados obtenidos, ya que no toda actividad es fácilmente mensurable, y la "tentación" de pactar criterios de distribución lineales o proporcionales al nivel del puesto de trabajo siempre va a estar presente por mucho que se hable de objetivos».

(28) En este sentido, dentro de las experiencias piloto en materia de evaluación del desempeño de la AGE, se ha creado una Comisión de Seguimiento, en el ámbito de la Dirección General de la Función Pública, y en la que participan también la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y el Instituto Nacional de Administración Pública. Esta Comisión de Seguimiento tiene, como señalan P. GONZÁLEZ DE HERRERO-FERNÁNDEZ e I. PÉREZ-BAROJA VERDE, I. (2011: 58-59), entre otras funciones: «poner en marcha la metodología y el proceso de implantación de las pruebas piloto; decidir en qué unidades se realizarán las pruebas piloto; marcar los plazos y pautas de actuación; diseñar y organizar acciones informativas y formativas; establecer canales de comunicación y de intercambio de conocimientos; ejercer la labor de coordinación y seguimiento y dar asistencia técnica directa; y, finalmente, elaborar un estudio de análisis de resultados y propuestas de futuro».

En este contexto, como señala también M. GORRITI BONTIGUI (2012: 268 y ss.), podría ser pertinente «crear dentro del órgano responsable en materia de empleo público, un grupo técnico que realizara las tareas arriba descritas. Sería conveniente que dicho grupo fuera el responsable de los APT's, fuente ineludible de los contenidos de la evaluación. También deberían ser los responsables de elaborar los cuestionarios ED que se remitirían a las unidades de personal para su administración. La complejidad implícita en la elaboración, análisis y retroalimentación de la información de una ED no puede encargarse a no expertos. En este mismo sentido y ya que una vez entren en vigor las correspondientes leyes de desarrollo del EBEP la implantación de su sistema ED es obligatoria, puede considerarse la posibilidad de crear un Órgano Central de Evaluación que dé respuesta técnica de criterio e instrumental a todas aquellas administraciones locales y provinciales que no disponen de recursos técnicos suficientes para desarrollar esta herramienta, para llevar a cabo los análisis posteriores, ni para la formación necesaria de sus evaluadores. Esta posibilidad organizativa permitiría asegurar la relevancia, fiabilidad, objetividad y no contaminación de las ED, y posibilitaría homogeneizar un proceso general de ED. Cada administración mejoraría el instrumento general al diseñarlo y analizar su comportamiento en los distintos contextos administrativos».

5º) Sobre la periodicidad en la aplicación del procedimiento de la evaluación del desempeño definitivamente implantado. A mi parecer, debería aplicarse de forma anual. No consideramos oportuno dilatar en exceso la evaluación del desempeño de los empleados públicos, más allá de la anualidad.

Especialmente, porque el resultado de una sola evaluación del desempeño no debería condicionar la progresión/desprogresión o ascenso/descenso (incluida, por tanto la remoción) del empleado público en su carrera profesional, sino el resultado negativo de reiteradas evaluaciones aplicadas durante el periodo de tiempo en que se temporaliza la modalidad de carrera de que se trate.

En cualquier caso, no debiera perderse nunca de vista un criterio esencial que debe presidir la implantación de este procedimiento de la evaluación del desempeño, nos referimos concretamente al criterio de transparencia.

En el sentido de que una vez configurado, y de forma previa a su aplicación efectiva, los sujetos pasivos del procedimiento (empleados públicos) deben tener a su alcance una información clara del objeto de la evaluación. Es decir, qué variables se van a medir, qué órgano los evaluará, qué garantías jurídicas existen, qué periodicidad tiene el procedimiento, qué efectos produce, etc. En definitiva, los empleados públicos han de conocer todos los extremos de la evaluación del desempeño (29).

En cualquier caso, como añade, «los principales problemas para la implantación de la ED son la cultura organizativa de las AAPP y la necesaria implantación de la figura del directivo público profesional. Lo que se debe de contratar externamente es cómo hacer esta cambio cultural y probablemente la formación de los directivos que vayan a evaluar, no qué medir. Las primeras experiencias deben hacerse en entornos amigables y, si es posible, ligar los resultados de la ED a remuneraciones no significativas, ni hacer públicos los resultados de la ED hasta que esta cultura haya calado y la organización esté madura. Tampoco creo que la ED, en sus aspectos de relevancia (qué medir), ni cómo hacerlo, deben ser objeto de negociación con la representación del personal. Quizás sus efectos sí».

(29) En este sentido, aunque referido más específicamente al principio de publicidad en los procedimientos de selección, se pronuncia también la STS de 21 diciembre de 2011 cuando señala que: «Debe decirse que ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinan sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos administrativos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo de favoritismo individual que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

En todo caso, como subraya la STS de 27 de junio de 2008 «...) los criterios correctores que acuerde el tribunal calificador se han de comunicar a los aspirantes antes de la realización

Nos encontramos, en suma, ante un proceso que plantea dificultades y serios desafíos en el seno de nuestra cultura administrativa, pero que puede contribuir decisivamente en la modernización y profesionalización de nuestras Administraciones Públicas y del personal a su servicio.

A *sensu contrario*, difícilmente podremos avanzar en la consecución de estos objetivos, si no conseguimos implantar definitivamente este tipo de instrumentos de gestión de recursos humanos en el seno de nuestras organizaciones públicas (30).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, L. M. (2012): «La evaluación del desempeño en la función pública: ámbito de operatividad y contexto administrativo», en *Crisis Económica y Función Pública* (Dirs. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 219-258.
- CASTILLO BLANCO, F. (2024): «La evaluación del desempeño: pistoletazo de salida en la AGE», *Blog de ACAL*, 8 de enero.
- (2023): «La evaluación del desempeño: ¿la leyenda del Dorado?», *Blog ACAL*, 8 de junio.
- GONZÁLEZ DE HERRERO-FERNÁNDEZ, P. y PÉREZ-BAROJA VERDE, I. (2011): «Plan de experiencias piloto en Evaluación del Desempeño en la Administración General del Estado», en *Boletín de Función Pública del INAP*, N° 6, Diciembre, pp. 55-62.
- GORRITI BONTIGUI, M. (2012): «La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas», en *Crisis Económica y Función Pública* (Dirs. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, p. 259-281.
- INAP (2012): «La evaluación del desempeño en la administración pública francesa», en *Boletín de Función Pública del INAP*, N° 7, Febrero, pp. 15-20.

de las pruebas correspondientes, ya que sólo así se garantizan los principios de publicidad y de seguridad jurídica, y los aspirantes pueden adecuar su actuación a estos criterios».

(30) Una visión que incluso los más críticos con el EBEP parecen llegar a compartir. Así el propio ARROYO YANES («La evaluación del desempeño en...», *op.cit.*, p. 258), llega a afirmar: «Que el contexto económico-administrativo no sea nada proclive a la implementación de los sistemas de evaluación no debería de verse, por lo tanto, como un obstáculo o un contratiempo que pueda dar al traste con ellos sino más bien la entrada de una etapa de transición que quizás pueda durar más tiempo del deseable pero que puede servir para ir asentando en nuestra cultura administrativa los nuevos valores que finalmente acabarán por desenvolverse en unos procedimientos evaluatorios justos y que estén al servicio de una Administración pública propia del siglo XXI».

- (2011): «Evaluación del Desempeño. Entrevista a Carlos Galindo», en *Boletín de Función Pública del INAP*, N° 5, octubre, pp. 5-14.
- LINDE PANIAGUA, E. (2012): «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en *Crisis Económica y Función Pública* (Dirs. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez), Pamplona, Ed. Thomson-Aranzadi, pp. 193-218.
- MAP (2013): *Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: Evaluación Del Desempeño*, Madrid, INAP.
- (2005): *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP-GOBERNA.
- RASTROLLO SUÁREZ, J. J. (2018): *Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*, Tirant lo Blanch.
- (2017): «La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 108 (mayo-agosto), pp. 403-444.

LA RESPUESTA NORMATIVA DE LAS CCAA AL RETO DEMOGRÁFICO Y LA DESPOBLACIÓN^(*)

JESÚS MARÍA RAMÍREZ SÁNCHEZ
Doctor en Derecho y abogado urbanista

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE RETO DEMOGRÁFICO: 1. Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia. 2. Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural de Castilla-La Mancha. 3. Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura. 4. Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón. 5. Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial de la Comunidad Valenciana. 6. Ley 2/2024, de 30 de abril. De Impulso Demográfico del Principado de Asturias. 7. Anteproyecto de Ley de Cantabria de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico.- III. TABLA RESUMEN Y CONCLUSIONES.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Objetivos: el trabajo lleva a cabo una aproximación a las distintas legislaciones sobre despoblación, despoblamiento, equilibrio territorial o reto demográfico aprobadas, o en tramitación, en las distintas CCAA, a fin de conocer los distintos enfoques, o acentos, dados para responder a este reto de los territorios. Metodología: se ha empleado la metodología habitual en las ciencias jurídicas; es decir, estudio, principalmente de la legislación y de la doctrina. Resultados: en la primera parte del trabajo se hace un encuadre sintético del reto que la despoblación supone para el territorio, y de cómo esa realidad se ha hecho muy presente en la agenda política. En la segunda, se analizan las distintas respuestas legislativas dadas en seis Comunidades Autónomas que han legislado específicamente sobre esta realidad. Conclusiones: las CCAA que han legislado han optado por leyes amplias, de principios y estrategias, sin crear efectivos derechos subjetivos de los ciudadanos que viven en territorios en riesgo de despoblación, siendo la aportación más relevante una discriminación positiva de los territorios, y sus habitantes, concretados en algunas CCAA en beneficios fiscales.

Palabras clave: reto demográfico; despoblación; despoblamiento; equilibrio territorial; desarrollo rural; discriminación positiva; densidad; mundo rural.

ABSTRACT: Objectives: the work carries out an approach to the different legislation on depopulation, depopulation, territorial balance or demographic challenge approved, or in process, in the different Autonomous Communities, in order to know the different

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 26/08/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 03/11/2024.

approaches, or accents, given to respond to this challenge of the territories. Methodology: the usual methodology in legal sciences has been used; that is, study, mainly of legislation and doctrine. Results: in the first part of the work, a synthetic framing is made of the challenge that depopulation poses for the territory, and how this reality has become very present on the political agenda. In the second, the different legislative responses given in six Autonomous Communities that have legislated specifically on this reality are analyzed. Conclusions: the CCAA that have legislated have opted for broad laws, of principles and strategies, without creating effective subjective rights of citizens who live in territories at risk of depopulation, the most relevant contribution being positive discrimination of the territories and their inhabitants , specified in some Autonomous Communities in tax benefits.

Key words: demographic challenge; depopulation; depopulation; territorial balance; rural development; positive discrimination; density; rural world.

I. INTRODUCCIÓN (1)

Durante los siglos XIX y XX en España se produce un constante desplazamiento del campo a la ciudad, un vaciamiento lento pero inexorable del mundo rural a favor del mundo urbano. La mejora de las condiciones de vida y salud produjeron un incremento de la población; el progreso tecnológico permitió un nuevo concepto de ciudad; la mecanización de la agricultura supuso importantes excedentes de mano de obra que contribuyó a una industrialización de determinadas zonas de España, lo que obligó a un rápido desarrollo de la vivienda e infraestructuras. En España, la explosión del abandono del campo para acceder a la ciudad se produce tras la Guerra Civil, y se acelera con la industrialización asociada a los Planes de Desarrollo de los años 60-70, que derivaron del Plan de Estabilización de 1959. Es el Gran Trauma (2) y que quedó retratado en la película *Surcos* de José Antonio Nieva Conde (1951).

Pero el fenómeno se ha visto agravado en el final del siglo pasado y comienzo del XXI, con la deslocalización de actividades industriales endógenas o arraigadas, así como de la actividad comercial, y, de la producción

(1) Elsa Marina ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Régimen jurídico de la despoblación en España», Aranzadi, 2023, hace una breve síntesis (pp. 52 a 57) de las leyes aprobadas y en tramitación. También se debe destacar los trabajos doctrinales de los profesores Santiago Bello Paredes, sobre el balance de las políticas públicas sobre despoblación en España; y de los profesores de la Universidad de Salamanca José Luis Domínguez Álvarez, Pilar Talavera Cordero y Marcos M. Fernando Pablo. Un interesante trabajo que relaciona la ordenación del territorio y la despoblación es el trabajo del profesor Luis Minguez Macho, «La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del mundo rural. El caso de Galicia(1)», (Práctica urbanística 2020)

(2) DEL MOLINO, S. (2016: 55).

de alimentos y actividad agrícola global. Ello ha supuesto una profunda transformación de la actividad agrícola, un desplazamiento de la población al mundo urbano con mejores servicios, una terciarización de lo rural mediante actividades como el turismo o la segunda residencia procedente del arraigo, y una concentración de población, conocimiento, oportunidades y renta en el mundo urbano. Esta realidad no es solo española, sino que afecta a países de nuestro entorno como Francia (3), y produce una desconexión territorial, una fractura social del que es un buen ejemplo el Brexit.

La aparición en 2016 del libro *La España vacía*, de Sergio del Molino (4), puso nombre —trasformado en la *España Vaciada*— y dio visibilidad a una realidad hasta la fecha ajena a la agenda política y legislativa de las distintas CCAA y del Estado. La brecha entre lo rural y lo urbano, pero también el desequilibrio territorial entre la España litoral y la España interior, entre las grandes y las pequeñas ciudades; entre el mundo urbano y el rural (5).

Supuso un punto de inflexión en el relato del mundo rural, lo que durante el siglo pasado había servido para caricaturizar —Paco Martínez Soria o *Crónicas de un Pueblo*— o para dibujar una España doliente, atrasada, violenta y perdedora —*Los santos inocentes*—, ahora iba a ser una reivindicación de identidad y de autenticidad. Novelas como *Un amor* (2020) de Sara Mesa, *Un hípster en la España Vacía* (2020), de Daniel Gascón, *Feria* (2020) de Ana Iris Simón; o películas como *Alcarrás* (2022), de Carla Simón, son ejemplos de cómo el mundo rural, asociado a su problema de despoblación y envejecimiento, se empieza a entender como una cierta idealización —«superioridad moral», buena vida bucólica, tranquila y sostenible— frente a la globalización que se identifica con grandes e impersonales ciudades, y cómo las administraciones públicas deben actuar para reparar, o al menos mitigar, la situación de desventaja y desequilibrio frente a las ciudades o territorios urbanos. El desequilibrio se manifiesta en la desigualdad de servicios, infraestructuras, comunicaciones, acceso a la vivienda y en actividad económica que impide retener población. Este movimiento comenzó a tener una importante presencia en la agenda política (6) en los últimos años de la década pasada.

(3) «Donald Trump no ganó en ninguna ciudad de más de un millón de habitantes. Sus vecinos de Manhattan le detestan hasta el punto de que solo le votó [2016] un 10 por ciento. [...] En el Reino Unido, los londinenses, al contrario que la mayoría de sus compatriotas, votaron abrumadoramente por seguir en la Unión Europea». Martí Font, J.M., *La España de las Ciudades*, 2017.

(4) Coincidente con *Los últimos. Voces de la Laponia española*, de Paco Cerdá.

(5) Serán el profesor Andrés Rodríguez-Pose y Jaume Font, quienes dieran un mayor cuerpo intelectual al problema.

(6) *Teruel Existe* nace como coordinadora ciudadana en 1999, obtiene un diputado en las elecciones generales de 2019, y se inscribe como partido político en 2021

Será en 2017 (7) cuando la VI Conferencia de presidentes autonómicos (17.01.2017) acordó la «Inclusión del reto demográfico en la agenda política nacional», lo que dio lugar a la Comisionado del Gobierno frente al Reto demográfico (2017); que elaboró las Directrices Generales de la Estrategia Nacional Frente al reto Demográfico (2019), documento orientativo y líneas de actuación que garanticen la igualdad de oportunidades y el libre ejercicio de los derechos de ciudadanía en todo el territorio. En 2020 se creó el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, MITECO (2020) que situó la cohesión territorial como referencia prioritaria del Gobierno, y la Comisión Delegada del Gobierno para el Reto Demográfico, a la que se le atribuye, entre otras funciones, «el establecimiento de directrices, en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado, para el diseño y aplicación de la estrategia nacional frente al reto demográfico, así como de los planes y actuaciones prioritarias en materia de reto demográfico».

En 2021 se aprobó la Agenda para el Reto Demográfico que incluye 130 medidas frente al reto demográfico entre las que cabe destacar el impulso a la transición ecológica, con especial atención a las energías renovables, y el autoconsumo; el fomento de la conectividad digital; la diversificación económica en áreas rurales fomentando el emprendimiento y la innovación territorial; la mejora de los servicios públicos de las zonas rurales y su descentralización así como del estado del bienestar en el mundo rural (sanidad, educación, vivienda, transporte, etcétera); igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres y jóvenes rurales; y, medidas de gobernanza, reformas normativas e institucionales para afrontar el reto demográfico.

Otro factor relevante fue la crisis del covid-19, en la que se volvió la mirada hacia una vuelta al mundo rural como alternativa a la ciudad, basada en una mejor calidad de vida, buenas comunicaciones y sobre todo la posibilidad de teletrabajo. Pero la despoblación (8) no se ha frenado en la segunda década del siglo, así desde 2010 a 2020 más de 110.000 personas han emigrado del mundo rural al urbano (9) , se ha ganado el «relato» —como se ha podido ver muy recientemente con las reivindicaciones del sector agrario— de lo rural, pero ello no ha «repoblado» el territorio, si bien sí que es indudable que hoy las administraciones, los medios de comunicación, y la sociedad en general asumen la obligación de hacer y actuar, de pasar de las palabras a los hechos. Los rural ha empezado a dotarse de valor y ser contemplado por parte de la

(7) Si bien fue la Ley 45/2007 de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural , la que sentó las bases de la integración territorial de las zonas rurales, facilitando la complementariedad entre el medio rural y el medio urbano.

(8) La despoblación es un fenómeno demográfico, y el despoblamiento es un fenómeno territorial.

(9) SEVILLA, J. (2022: 234).

sociedad urbano como algo positivo o necesario. Lo rural como proveedor de recursos ecosistémicos necesarios para la vida urbana —metabolismo conectado—, recursos materiales (territorio, energía, agua, alimentos) pero también no materiales (salud, espacamiento, identidad, descanso). El espacio rural en un sentido amplio está hoy revalorizado, no tanto por su función de agricultura tradicional, en transformación, sino por cuestiones vinculadas con lo urbano (10).

Pero resulta muy interesante la opinión científica del Catedrático de Derecho Administrativo Fernando López Ramón (11), para quien «no se vislumbran soluciones claras, rápidas y uniformes para combatir la despoblación rural».

«La España despoblada forma parte ya del deprimente ideario territorial que hemos ido creando a golpe de fracasos exteriores e interiores, ... Al menos, no hay un remedio universal y eficaz contra la despoblación rural, puesto que es el resultado de un complejo cuadro de causas no solo económicas y políticas, sino también sociales, ambientales y culturales. [...] Lo diré de otra manera: muchos seres humanos creen que viven o que han de vivir mejor en ciudades. [...] Lo significativo es que prevalece la voluntad individual y finalmente colectiva que nos lleva a agruparnos en ciudades».

Para la Comisión Europea la noción de espacio o mundo rural va más allá de la delimitación geográfica, se refiere a un tejido económico y social que comprende actividades diversas y cambiantes. La OCDE utiliza criterios de densidad demográfica —entre los 150 y 100 habitantes por km²—.

Nuestra Constitución no aborda de forma directa el mundo rural y la despoblación, como resulta acorde con la realidad social y territorial de la España de 1978, en la que ambas cuestiones no tenían la presencia en la agenda política, ni las problemáticas que hoy tienen. Si bien el abandono del campo, la migración a la ciudad, o la desigualdad entre territorios urbanos y rurales ya comenzaba a ser más que evidente en los años 70 del siglo pasado, la preocupación por ese fenómeno no resultaba prioritaria a los redactores de la Constitución.

Pero sí que resulta más que evidente que el texto Constitucional ofrece el marco general y conceptual para el desarrollo de políticas, y leyes, para favorecer la cohesión territorial, el desarrollo rural y la lucha contra la despoblación como elemento de ambas.

Cuatro artículos enmarcan el principio general de igualdad entre los españoles. Los artículos 9.2 y 139.1 CE, como declaración general del principio de igualdad efectiva y real entre los españoles, cabe hacerlo extensible

(10) FONT, J. (2023: 87).

(11) LÓPEZ RAMÓN, F (2021) «*La Lucha contra la despoblación rural*», en Instrumentos Jurídicos para la lucha contra la despoblación rural (Aranzadi-Thomson Reuters), pp. 29-52.

a todos ciudadanos y ciudadanas, independientemente de donde habiten, lo que resulta de gran relevancia en relación en las políticas dirigidas al mundo rural, a fin de lograr una igualdad efectiva de oportunidades económicas, sociales y culturales de este con las zonas urbanas. El artículo 138.1 CE asegura que el Estado garantice un equilibrio económico adecuado entre las diversas partes del territorio español, en el que cabe también incluir el desequilibrio del mundo rural frente a las ciudades o entornos urbanos, así como entre distintas partes del territorio nacional en su conjunto. El artículo 40.1 CE establecen la obligación de los poderes públicos de favorecer una distribución de la renta regional y personal más equitativa, por tanto, también entre los distintos municipios o comarcas de una región o provincia.

El artículo 130.1 CE es el más específico en relación con algunos aspectos clásicos del desarrollo del mundo rural, al establecer, dentro de las bases de la política económica, que «*los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía, con el fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles*»; con el objetivo de »*equiparar el nivel de vida de todos los españoles*». Evidentemente hoy el desarrollo del mundo rural no es solo el sector agrícola o ganadero, sino que es mucho más poliédrico y complejo. Aspectos como el medio ambiente y la utilización de los recursos naturales (art.45 CE) o del derecho a la vivienda (art.47 CE), más allá de la igualdad en el disfrute de los servicios propios de un Estado social —estado de bienestar— , son en la actualidad cuestiones esenciales del desarrollo rural.

Es la Ley 45/2007 de 13 de diciembre, para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural (LDSMR), en la que definen exclusivamente dos artículos como básicos (art. 19 y 31), dictándose la casi totalidad de los artículos en base a la atribución del art. 149.1 norma 13º sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica la que aporta la definición de medio rural; «el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades locales menores definido por las administraciones competentes que posean una población inferior a 30.000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes por km²»; y define el municipio rural de pequeño tamaño el que posee una población residente inferior a 5.000 habitantes y está integrado en el medio rural (12). Pero esta norma marco para el mundo rural, de carácter trasversal, en la que prima la idea de lograr armonizar el desarrollo económico con la preservación del medio natural, se preocupa de la sostenibilidad del mismo, en su triple vertiente económica, ambiental y social, pero no

(12) Para la clasificación municipal del INE, son municipios rurales los que tienen hasta 2.000 habitantes (72% municipios españoles); intermedios o semiurbanos los que tienen una población entre 2.001 a 10.000 habitantes (19%).

de aspectos y problemáticas concretas como la demografía, la despoblación o la cohesión territorial que aborda tangencialmente.

Pero serán las Comunidades Autónomas, quien en ejercicio de sus competencias hayan promulgado leyes integrales sobre el reto demográfico, la despoblación, la dinamización del mundo rural o la equidad territorial.

Las CCAA invocan una pluralidad de títulos competenciales para dictar estas normas que por su carácter trasversal no pueden residir en una sola competencia autonómica. Así, una buena parte de las competencias —art. 148.1 CE— que más directamente inciden en las políticas que tiene directa relación con el mundo rural, su desarrollo, la despoblación o la cohesión territorial, tales como la ordenación del territorio, la agricultura y ganadería, las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio, los montes y aprovechamientos forestales, la ordenación del turismo en su ámbito territorial o la sanidad e higiene, son competencias de las Comunidades Autónomas. De ello puede deducirse que son las Comunidades Autónomas las que deben implementar políticas para combatir la despoblación y promover el desarrollo rural, y entre ellas, el combatir la despoblación y los desequilibrios en su territorio. Todos los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas han asumido estas competencias, en gran medida con carácter de exclusivas, dejando al Estado la labor derivada de la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art.149.1.13 CE).

Por ello, y aunque la Constitución proporciona un marco de principios que deberían favorecer el desarrollo equilibrado del mundo rural, y como parte del mismo la lucha contra la despoblación, en la práctica, están siendo las Comunidades Autónomas quienes están legislando en la materia, y adoptado estrategias y políticas que tiene como finalidad combatir la despoblación, mediante mediadas de todo tipo —incentivos para la creación de empleo, la mejora de las infraestructuras y servicios públicos, la promoción de actividades económicas sostenibles en áreas rurales, discriminación positiva, fiscalidad diferenciada, etcétera—.

El presente trabajo pretender analizar las legislaciones autonómicas que abordan el reto demográfico, con el objeto de conocer su contenido, coincidencias en las materias abordadas; y, sobre todo el enfoque que ofrece la norma en relación al alcance de sus preceptos, si constituye derechos subjetivos, o se limita a enunciar principios y estrategias.

II. LEGISLACION AUTONÓMICA SOBRE RETO DEMOGRÁFICO

1. Ley 5/2021, de 2 de febrero, de impulso demográfico de Galicia (13)

Es la Ley pionera en materia de reto demográfico, denominada de «impulso demográfico». El incremento de la esperanza de vida, la reducción de la fecundidad, la modificación de los marcos de convivencia, y el retorno migratorio, configuran una nueva realidad que debe afrontar la Comunidad Autónoma de Galicia. Gestionar con éxito el reto demográfico supone una de las principales tareas de la Comunidad. Y para ello la Ley de impulso demográfico tiene como objetivo «servir como marco y orientación de las actuaciones en materia demográfica», que deben trascender al ámbito temporal.

La Ley —cuyo objetivo es «servir de marco y marco y orientación de las actuaciones en materia demográfica»— tiene 109 artículos, divididos tres Títulos, uno de disposiciones generales, otro de criterio de actuación y organización, y un tercero que contempla las políticas públicas para el impulso demográfico, dedicando un capítulo al Equilibrio Territorial. Este esquema lo veremos repetido con más o menos fidelidad en el resto de las legislaciones.

No se zonifica ni se concreta que ha de entenderse por área o municipio en riego de despoblamiento. Solo en las definiciones se hace referencia al: «*j) Medio rural y costero no urbano: zonas intermedias (ZIP) y zonas poco pobladas de Galicia (ZPP), según la clasificación del grado y subgrado de urbanización de las parroquias gallegas realizada por el Instituto Gallego de Estadística*», pero luego no se utiliza esa clasificación.

La Ley persigue el «impulso demográfico», acorde con los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que favorezca un desarrollo —social, económico y ambiental— territorial equilibrado «que garantice el acceso equitativo a las oportunidades y los servicios públicos que corrija las desigualdades de los distintos territorios de Galicia y las zonas de interior y de costa y, particularmente, la polarización entre medio rural y el urbano» (art. 4 e).

Destaca la idea de acceso equitativo a los servicios públicos como forma de corregir las desigualdades territoriales que se manifiestan de forma más evidente entre el medio rural y el urbano, en una ley que nace para lograr el impulso demográfico es, es decir, se relaciona la trasformación demográfica —reto demográfico— con el desequilibrio territorial.

El ámbito de aplicación de la ley, como en el resto de las leyes autonómicas es «la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia», y las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico. También

(13) Publicada DOG nº 26, de 9 de febrero de 2021 y BOE nº 78, de 1 de abril de 2021, entrada en vigor 10 de febrero de 2021.

serán de aplicación las disposiciones a las entidades locales «*sin perjuicio del necesario respeto a su autonomía*». No estamos, por tanto, ante una ley de aplicación universal, de aplicación a los ciudadanos, sino solo a determinadas administraciones públicas, esencialmente la Autonómica. Esto ya resulta muy determinante sobre el alcance que se quiere dar a la ley, de principios y líneas de actuación de las administraciones públicas de Galicia en el diseño y desarrollo de políticas públicas que pueden incidir en el reto demográfico.

Resulta muy interesante la definición de «Impulso demográfico [art.3 c]]; así como los principios rectores de la ley: Igualdad y respeto a la diversidad; apoyo a la constitución de las familias; interés superior del menor; desarrollo económico inteligente y sostenible; y equilibrio territorial» (art. 4).

La ley dedica espacial atención a la familia (art. 6), «como elemento fundamental de organización de la sociedad».

El Título I, criterios de actuación y organización de impulso demográfico, establecen el «carácter sistémico de las políticas demográficas». Ello se traduce en la incorporación de la perspectiva demográfica en todas la producción normativa y todas políticas públicas. El dotar de carácter sistémico a las políticas demográficas las hace transversales a todas las políticas sectoriales, como expresa el art.5 a). Quizás este sea el aspecto más importante de la ley.

El Título II se dedica a las políticas públicas, y va a repasar prácticamente todos los sectores en los que pueden incidir, pero como veremos con un carácter más estratégico y de mandato a las administraciones autonómica y local que de crear derechos subjetivos con obligaciones concretas. Pero, en cualquier caso, toda política, norma o medida de la administración (también las presupuestarias y fiscales) debe tener en cuenta la perspectiva demográfica, y no hacerlo así, y adoptar medidas contrarias, podría ser causa de nulidad por incumplir el art. 7 de la Ley.

Se crean una serie de órganos (Comisión para el Impulso Demográfico, Comisión Técnica; y, Observatorio) para el apoyo al impulso demográfico. Del mismo modo uno instrumentos de sensibilización, educación y fomento.

Los distintos capítulos se dedican al apoyo a las familias, como elemento clave de las políticas demográficas; a la conciliación de la vida familiar y laboral; apoyo a la juventud; retorno y migraciones y, actuaciones para el envejecimiento activo y saludable. Son los pilares de una política demográfica, familia y conciliación, personas migrantes; juventud y envejecimiento.

El catálogo de apoyo a las familias es amplio y no se limita a zonas despobladas, sino que son medidas de claro fomento de la natalidad, entendiendo la familia como núcleo esencial de la sociedad favorecedor de crecimiento demográfico. En esa misma línea debemos entender al amplio capítulo dedicado a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal.

Será en el Capítulo VI, Equilibrio territorial donde la ley recorre todas las políticas sectoriales anudando aquel con la prestación de servicios públicos en el «*medio rural y costero no urbano*», en una clara identificación de desequilibrio territorial con mundo no urbano.

Entre las medidas para lograr el Equilibrio Territorial destaca la accesibilidad a los servicios y movilidad como forma de acercar los servicios básicos sanitario, educativo, social y de Justicia a toda la población. Pero no establece criterios imperativos, sino una remisión al diseño de las infraestructuras de servicios y transporte que garantice la movilidad. En el amplio elenco de políticas sectoriales la ley se limita a promover el diseño, impulso, apoyo, planificación, programación, incentivación, avance, etcétera, de las distintas políticas, sin cuantificación, estandarización u obligación legal de prestación de servicios en los municipios del «*medio rural y costero no urbano*». Como cuestiones novedosas se crea la «responsabilidad social territorial».

Las acciones para fomentar la natalidad, atraer nueva población y fijar la existente, sobre todo la juventud, políticas más propias del reto demográfico, se encuentran en los distintos artículos —en especial en el citado Capítulo VI—, pero estas acciones son más estrategias o principios aspiracionales que normas u obligaciones legales. Son un amplio catálogo de medidas que deberían adoptarse, pero sin convertirse en derechos para los ciudadanos y obligaciones para las administraciones.

No se contienen medidas fiscales o tributarias concretas y positivas.

La valoración de la ley es que es una ley que, para atender a la problemática del reto demográfico, se concreta en medidas de apoyo a la familia, como estructura social básica capaz de, sino revertir, si minorar el problema de la baja natalidad y de la longevidad. No es una ley de despoblamiento o desaparición, y, no es una ley preocupada por la brecha territorial o por la diferencia mundo rural-urbano, que afronta de forma tangencial.

2. Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural de Castilla-La Mancha (14)

La ley 2/2021 sigue la senda iniciada en Galicia, pero afronta el reto demográfico de muy diferente forma conceptual, aportando importantes y relevantes novedades y concreciones, como establecer incentivos fiscales para fijar población, tales como deducciones en el IRPF por residencia en zonas escasamente pobladas, adquisición o rehabilitación de viviendas, etcétera. Se

(14) Publicada DOCM nº 90 de 12 de mayo de 2021 y BOE nº 165, de 12 de julio de 2021. Entrada en vigor 9 de junio de 2021.

trata de una ley de lucha contra la despoblación, una consecuencia del reto demográfico, pero en la que confluyen otras causas, y por ello se afronta el desarrollo rural, pues la realidad de la región identifica despoblamiento con mundo rural, si hay más desarrollo rural habrá menos despoblamiento al ofrecerse mejores oportunidades y mejor calidad de vida (servicios).

La Ley tiene 77 artículos, divididos ocho Títulos. Son especialmente relevantes el Título II, Zonificación y categorización del medio rural; Título III, Políticas públicas de desarrollo del medio rural; Título IV, Cohesión económica, social y territorial; y, los Títulos V y VI de financiación y medidas tributarias.

El objeto de la ley es «establecer principios de actuación y medidas tendentes a la consecución de un desarrollo integral del medio rural en Castilla-La Mancha», para lo cual los aspectos fundamentales serán:

- la lucha frente a la despoblación
- garantizar servicios básicos e igualdad de oportunidades para sus habitantes
- propiciar el desarrollo económico y social del medio rural para alcanzar la cohesión social y territorial.

Por tanto, no es una ley solo frente a la despoblación o reto demográfico, sino que es más una ley de desarrollo rural (15), en el que tiene gran influencia el reto demográfico y la despoblación en una comunidad de perfil eminentemente rural —más de la mitad de sus municipios tienen menos de 500 habitantes—.

Al igual que en Galicia, el ámbito de aplicación «es... la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha»; y, «con respeto a la autonomía local, las disposiciones de esta ley serán también aplicables a las Administraciones locales de Castilla-La Mancha».

La definición de zona rural (art. 5) no se corresponde con una realidad demográfica o poblacional, sino con la función —«agrupaciones municipales en las que se subdivide el medio rural, para la aplicación de las medidas derivadas de la planificación y programación de desarrollo territorial del medio rural regulado por esta ley»— de servir de zonificación para la programación de actuaciones y políticas públicas.

Se regula, como en Galicia, la obligatoriedad del Informe de impacto demográfico, «En los procedimientos de elaboración de proyectos de ley y de

(15) «Mejorar la calidad de vida de la población del medio rural, elevando el grado de bienestar de sus habitantes y asegurando unos servicios públicos adecuados y suficientes, que garanticen la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, incidiendo en el acceso educativo, prestaciones sanitarias, atención social, dependencia, discapacidad, transportes, vivienda, energía, agua y dotación de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación» [Art. 4 a].

disposiciones reglamentarias que las desarrollem, así como en la elaboración de planes y programas que se tramiten por la Administración Regional» (art. 8)

La zonificación (Título II) al objeto de «concretar y aplicar las medidas derivadas de la planificación y programación reguladas en la ley», se efectúa por los criterios demográficos, de actividad económica, uso del suelo y accesibilidad al medio urbano, destacando para este último, el aislamiento geográfico y accesibilidad para el que se usara «el tiempo medio de acceso, en automóvil por carretera, desde los núcleos de población de los municipios de las zonas al núcleo urbano más próximo de la provincia de más de 30.000 habitantes».

La ley establece una detallada y amplia la tipología de las zonas rurales, que permiten englobar la casi totalidad de municipios de la CCAA en la categoría de zona rural, si bien las más relevantes son las zonas escasamente pobladas (16), que se subdividen en zonas de intensa despoblación —densidad superior a 8 habitantes por km²—, y zonas de extrema despoblación —densidad de población menor de 8 habitantes por km²— y, zonas en riesgo de despoblación (entre otras características, densidad de población menor de 20 habitantes por km², pero mayor de 12,5 habitantes por km²) (17).

La zonificación será utilizada para la programación de actuaciones para el desarrollo integral del medio rural y frente a la despoblación, mediante dos instrumentos de planificación estratégica, una frente a la despoblación y otra de desarrollo rural. Se establece el carácter trasversal de las políticas aplicables al medio rural.

Será en el Título III en el que se establecen los principios a seguir en las distintas políticas públicas de desarrollo del medio rural y frente a la despoblación. Si bien, resultan más concretos en algunos aspectos como contratación pública, ayudas y subvenciones, o empleo público que la legislación gallega, es una norma de recomendaciones y principios y no de obligaciones.

Así, por ejemplo, el Capítulo II se denomina «Garantía del acceso a los servicios públicos en el medio rural», pero el logro de esa igualdad de acceso se remite a la planificación futura.

Se concretan el acceso a la educación y la sanidad. La primera garantizando una importante serie de medidas como el mantenimiento de colegios rurales (sin definir población) mediante ratios adaptados a la demanda; contratos programa; adecuación de la oferta de formación profesional, etcétera.

(16) municipios de pequeño tamaño con una densidad conjunta de población de menos de 12,5 habitantes por km², altas tasas de envejecimiento y pérdidas intensas de población, aislamiento geográfico con respecto a municipios de más de 30.000 habitantes, un alto porcentaje de suelo de uso forestal y elevada significación de la actividad agraria.

(17) También zonas rurales intermedias densidad de población superior a 20 habitantes por km² e inferior a 50 habitantes por km²; y, zonas rurales periurbanas.

El acceso a la sanidad pública (18) mediante una red de puntos de atención continuada, con el fin de garantizar la atención a cualquier núcleo de población de las zonas escasamente pobladas o en riesgo de despoblación o para permitir la entrega infirmada de medicamentos en domicilio;

Otros servicios como los Servicios Sociales con especial atención a las personas mayores; y, al transporte —sensible a la demanda para permitir «la contratación por plaza con pago individual».

La cohesión económica, social y territorial de medio rural no afronta la brecha territorial o la vertebración del territorio de la Comunidad, sino aquella relacionada, y desde la perspectiva, de la despoblación asociada al medio rural. Se pretende la incentivación de la diversificación económica en el medio rural mediante medidas de fomento y apoyo a sectores tradicionales (sector agrícola, ganadero y forestal, comercio, turismo, recursos naturales, economía social) y con utilización de fondos procedentes de la Unión Europea. Las medidas son más propias de una Estrategia que de una ley imperativa y transformadora. Es un catálogo para orientar las actuaciones del sector público, una vez más, con medidas de interés pero que quedan a una ejecución o concreción posterior y no imperativa. Se establecen medidas concretas de gestión forestal.

Por cohesión social se entiende la conciliación de la vida familiar, atención a la infancia y apoyo a las familias; inclusión social; cultura, ocio o deporte; el fomento de las energías renovables; o, la vivienda, destacando la idea de crear una tipología propia de Vivienda Rural Protegida, que no se concreta.

En cuanto a la financiación, resulta muy genérico, si bien en la Disposición adicional primera se concreta un «fondo para el apoyo financiero a proyectos empresariales viables en zonas escasamente pobladas o en riesgo de despoblación con una dotación inicial de 10.000.000 de euros».

Resulta interesante el Título VI, donde se apunta que se establecerán beneficios fiscales a los contribuyentes —medidas de incentivación positiva— que residan en zonas rurales escasamente pobladas o en riesgo de despoblación. Es en la Disposición final novena, de modificación de la Ley 8/2013, de Medidas Tributarias, en la que se introduce el art. 12 bis en el que se concretan deducciones de entre el 15 % al 25 % de la cuota íntegra para los contribuyentes que tengan su residencia habitual en municipios incluidos en zona de intensa o extrema despoblación. También se introducen deducción por adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual y por traslado de vivienda habitual en zonas rurales.

Estas concretas medidas de incentivación fiscal, así como la modificación de concretos artículos de leyes sectoriales, resultan lo más novedoso y atractivo

(18) Modificando la Ley 8/2000, de Ordenación Sanitaria y la Ley 5/2005, de Atención Farmacéutica.

de la legislación castellano-manchega, y lo que la hacen un modelo a tener muy en cuenta si la legislación quiere ir más allá de una norma de principios y estrategias, y concretar medidas positivas, en este acaso fiscales y tributarias de discriminación positiva a los vecinos de los municipios en riesgo de despoblación o con serios problemas de brecha territorial.

3. Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura (19)

La sociedad extremeña es predominantemente rural, si bien no sufre un proceso de despoblación acuciante, sí sufre un cambio demográfico, en un territorio con desequilibrios en la distribución de la población, que se «*traduce en ciertas dificultades a la hora de acceder a servicios públicos básicos y en la escasez de oportunidades socioeconómicas, especialmente para los jóvenes y para las mujeres, lo que ocasiona una desigualdad en la renta media de los hogares pertenecientes a las áreas rurales respecto a las áreas más pobladas*

La ley —compuesta de 103 artículos, divididos cuatro Títulos— pretende impulsar, de forma transversal, políticas demográficas y de desarrollo territorial, estableciendo un marco de actuación. Se presta especial atención a la despoblación y a la aspiración a garantizar los servicios básicos e igualdad de oportunidades a todos los habitantes de la región, y sigue el esquema normativo de las legislaciones de Galicia y Castilla-La Mancha.

Se eleva a la Agenda Urbana de Extremadura a ser «*el marco estratégico para el desarrollo territorial y urbano de sostenible de Extremadura de forma transversal e incluyente*

El objeto de la ley es «*establecer un marco de actuación en materia demográfica y territorial*», prestando especial atención a la lucha contra la despoblación, para garantizar la igualdad de acceso a los servicios básicos y oportunidades a todos los habitantes de Extremadura. Como se aprecia la razón principal de la ley no es revertir el reto demográfico sino garantizar la igualdad entre los ciudadanos —principio constitucional de un Estado social y democrático de Derecho, Estado del bienestar—.

El ámbito de aplicación es a la Junta de Extremadura, sector público autonómico y a las Administraciones Locales respetando su autonomía.

Los principios de actuación (art.3), comunes a las otras leyes estudiadas, parten de la transversalidad mediante la incorporación de la «*perspectiva demográfica en todas sus políticas, tanto en la elaboración de la normativa*

(19) Publicada DOCE nº 55, de 21 de marzo de 2022 y BOE nº 86, de 11 de abril de 2022. Entrada en vigor 12 de abril de 2022.

que las regule como en la dotación presupuestaria», apuntando la posibilidad de discriminación positiva para mantener el equilibrio territorial y la cohesión social.

Se incorpora un amplio catálogo de objetivos estratégicos. Así, se prevé el mantenimiento de servicios públicos básicos y accesibles en las zonas rurales; la puesta en valor del capital humano; o, frenar el proceso de despoblación del medio rural. Los objetivos parecen responder más a una legislación de desarrollo rural que de reto demográfico, mostrando claramente la identificación-confusión entre ambas cuestiones.

Se establecen instrumento de planificación —La Estrategia ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura— y seguimiento.

El Título II recorre todas las políticas públicas que puede afrontar la Junta de Extremadura.

Incorpora interesantes novedades como la declaración de Interés general por razones demográficas para «proyectos o actuaciones que puedan generar una significativa incidencia positiva en las zonas más vulnerables al fenómeno demográfico». Estas iniciativas o proyectos, públicos o privados, tractores para una comarca, van a verse favorecidos en sus tramitaciones —como Proyectos de Interés Regional— y exigencias por el impacto positivo que pueden conllevar en zonas vulnerables.

Se posibilitan medidas de discriminación positiva en las subvenciones de la Junta para las poblaciones menores de 5.000 habitantes, o los de población hasta 10.000 habitantes con saldo demográfico negativo en la última década; así como algunos compromisos en todos los sectores que afectan al territorio. Especialmente amplias son las medidas dedicadas a la agricultura, ganadería y gestión forestal.

La ley incorpora el planeamiento urbanístico como instrumento frente al reto demográfico, y añade a sus propias responsabilidades la de «combatir la despoblación del término municipal que ordena», favoreciendo la implantación y regulando usos y actividades «que aborden el reto demográfico».

Al ser una tierra de emigración, la ley dedica el Capítulo IV a el retorno de población y acogida de nuevos pobladores —Estrategia de Retorno y Conexión con el Talento—, así como medidas de comunicación y mejora de la imagen del mundo rural.

Es en el Capítulo V donde se contiene el núcleo esencial de la ley, el acceso y descentralización de los servicios públicos como pieza esencial para lograr el objetivo de equilibrar el territorio. El art. 48 contiene algo más que una declaración de principios o estrategia contiene obligaciones para las administraciones públicas de Extremadura, y, en consecuencia, derecho para sus ciudadanos: «la igualdad y equidad de la ciudadanía extremeña en el acceso

a las infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, con independencia del lugar de residencia», garantizando «que el tiempo de acceso a los servicios básicos no excederá de 30 minutos, con carácter general».

Extremadura asume el concepto de «territorio de 30 minutos», concepto teórico y doctrinal, y lo convierte en derecho exigible, que todos los ciudadanos de la Región estén a menos de 30 minutos [en automóvil] de los «servicios básicos», que no se definen, pero se infieren de los artículos siguientes de la ley, tales como los servicios sanitarios o la igualdad de acceso a la educación (20).

La Ley, mediante estrategias, líneas de actuación y medidas sin contenido obligacional, aspira a fijar población mediante mejoras en las condiciones de empleo en el mundo rural. Incorpora «*la responsabilidad social territorial*»; y, medidas de apoyo a las familias más vulnerables. Pone especial énfasis en adoptar medidas en materia de igualdad, una preocupación trasversal en toda la ley, y de identidad de género (21).

La ley no renuncia a intervenir en el debate entre energías renovables y mundo rural, entendido como parte de la necesaria transición ecológica de la Comunidad. Su apuesta es por hacer compatibles las energías renovables y el desarrollo sostenible del territorio, asegurándose la «*protección de las zonas rurales, sus tierras de cultivo y su patrimonio natural y paleontológico para impedir que sean afectadas de manera lesiva por estas instalaciones*».

Como formas de favorecer medidas ante el reto demográfico se opta por medidas e incentivos fiscales para «*contribuyentes que residan en las zonas más afectadas por el fenómeno demográfico*». Se introducen (22), como en Castilla-La Mancha, una deducción fiscal del 10 por ciento, por adquisición o rehabilitación de vivienda habitual en zona rural [municipio menor de 3.000 habitantes], así como un tipo de gravamen reducido del 4% a las transmisiones de inmuebles; y, una deducción en la cuota íntegra autonómica del 15% de su importe (23).

Resulta interesante el enfoque que la ley da al problema del despoblamiento, un problema de igualdad de derechos de todos los ciudadanos y ciu-

(20) El art. 61 garantiza «*el funcionamiento de los colegios rurales donde se imparten clases de educación infantil y primaria en aquellas localidades que cuenten, al menos, con 5 alumnos*».

(21) El art. 96 garantiza *la igualdad real y efectiva y los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales, mediante la prevención, corrección y eliminación de toda discriminación por razones de orientación sexual, expresión e identidad de género en el medio rural*.

(22) Disposición final primera que modifica el Decreto Legislativo 1/2018, en materia de tributos cedidos.

(23) «*Tendrán derecho a la aplicación de esta deducción los contribuyentes cuyas sumas de la base imponible general y del ahorro no superen los 28.000 euros en tributación individual y 45.000 euros en tributación conjunta*».

dadanas de Extremadura, pero que se asocia o identifica con el mundo rural, allí donde se pueden prestar de forma menos eficiente los servicios básicos de un estado de bienestar (social y democrático de Derecho) que se debe paliar y revertir, y cuya solución solo pasa principalmente por mejorar esa prestación de servicios, la discriminación positiva y por una mejora en la fiscalidad de los municipios de menor población.

4. Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón (24)

Como el resto de las leyes autonómicas, la ley aragonesa es extensa —ocho Títulos y 97 artículos— y modifica otras normas como la legislación de ordenación del territorio y la legislación tributaria, en materia de tributos cedidos, de Aragón.

La ley establece el marco normativo para los mecanismos para garantizar la prestación equitativa de los servicios públicos básicos o de interés general, mediante medidas de discriminación positiva, «con el fin de lograr la igualdad de oportunidades y una calidad de vida equivalente para todos los habitantes del territorio aragonés cualquiera que sea su lugar de residencia» (art. 1). Asimismo, contiene los mecanismos adecuados de gobernanza, coordinación interinstitucional y con el sector privado en la aplicación de las políticas sectoriales en el medio rural.

No es por tanto una ley preferentemente de reto demográfico o de cohesión territorial, sino de desarrollo rural, de discriminación positiva al mundo rural, si bien se identifica cambio demográfico, despoblación, cohesión territorial y medio rural, un una de las Comunidades Autónomas con mayor incidencia del fenómeno de la despoblación.

Pretender ser un instrumento que favorezca el desarrollo económico y social en el medio rural, con el establecimiento de fórmulas de cooperación, coordinación y, a la vez, con la promoción de iniciativas que impulsen un desarrollo rural sostenible y eficaz que consiga aumentar la presencia de centros productivos y empresariales, actividades comerciales y de servicios, que permitan consolidar y aumentar la población, siendo el principio rector de actuación principal la configuración del mecanismo rural de garantía.

La nota más relevante de la ley aragonesa, para lograr sus objetivos, es la implantación de una fiscalidad diferenciada por motivos demográficos —como en Castilla-La Mancha o Extremadura—, con beneficios que afectaran a más de 70.000 personas distribuidas en 1.026 asentamientos, en un complejo sistema de zonificación.

(24) Publicada BOA nº 72 de 17 de abril de 2023 y BOE nº 108, de 6 de mayo de 2023. Entrada en vigor 18 de abril de 2023.

Se incluyen deducciones en el IRPF del 20% en la cuota íntegra autonómica por nacimiento o adopción del tercer hijo o sucesivos, grado de discapacidad, adopción internacional, adquisición de libros de texto o guardarías.

El ámbito de aplicación es, como en el resto de CCAA, la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, y sus disposiciones de esta ley serán también aplicables a las administraciones locales de Aragón, con respecto a la autonomía local y su ámbito competencial.

Los fines se refieren en todo momento al medio rural, y así, por ejemplo, el fomento del equilibrio territorial y cohesión social se entiende «*mediante la redistribución justa, inclusiva y equitativa de los recursos entre el medio rural y urbano*», no entre territorios con diferencia sustancial de renta. Y para lograr los fines, los objetivos, también son consecuentes, y lo que se pretende es favorecer «*políticas sectoriales de dinamización del medio rural*», para lograr «*un nivel de calidad de vida a la población rural en términos de renta, calidad y bienestar, mediante el desarrollo de políticas de discriminación positiva hacia los habitantes y familias del medio rural teniendo en cuenta la estructura aragonesa de asentamientos y los instrumentos de ordenación del territorio*».

El mecanismo rural de garantía se configura como «el principio rector de actuación», con un carácter trasversal e integral, por el que la Administración de la Comunidad Autónoma, deberá revisar «*todas las políticas sectoriales y de desarrollo socioeconómico, mediante la observación de la perspectiva del cambio demográfico y de lucha contra la despoblación, el análisis de sus impactos reales y potenciales y sus efectos en el medio rural*». Se configura, por tanto, como una figura indefinida e inconcreta, que por ello mismo puede ser de una amplitud evidente según se decida en cada momento, pero que se articula como un principio general (rector) de toda la actuación administrativa en Aragón, y que conlleva a la incorporación del criterio de discriminación positiva territorial en las zonas rurales (despobladas).

También se fomenta la sensibilización de lo rural, el reconocimiento de su valor social, económico y medioambiental del medio rural; y, la integración de la «*perspectiva de género en todas sus acciones de desarrollo y dinamización rural, introduciendo medidas de discriminación positiva en favor de la mujer*».

Se establece una definición de medio rural el conjunto de asentamientos y municipios aragoneses que se clasifican como rural, y el suelo no urbanizable del resto; y, una compleja clasificación de los asentamientos y los municipios rurales con efectos fiscales, para establecer las medidas de discriminación positiva, las convocatorias de subvenciones de concurrencia competitiva para dinamizar el medio rural aragonés.

La Ley quiere que la CCAA participe en la redacción y programación de todos instrumentos que afecten al medio rural, incluso los por otras administraciones públicas, así como en las disposiciones normativas y planificación sectorial de

la Comunidad Autónoma con incidencia en el medio rural, para lo cual, deberá contener «*un análisis [...], sobre el impacto y valoración de los diferentes efectos y resultados de la iniciativa con detalle territorial de su alcance en las zonas rurales...*

También se elaborarán directrices zonales y de programas de gestión territorial, incluyendo la adaptación de su planificación y programación a la evolución del desarrollo territorial. Es importante que las actuaciones contenidas en los «*programas de gestión territorial que sean de competencia de la Comunidad Autónoma deberán ser incluidas en los anteproyectos de presupuestos de cada departamento*», y esas actuaciones se contribuirán a financiar con el Fondo de Cohesión Territorial u otros fondos específicos.

Se prioriza la dinamización y diversificación económica, mediante políticas públicas, acciones y medidas de los departamentos —Programa de gestión territorial de dinamización económica y social para el medio rural—; el fomento y promoción de la cultura emprendedora; la economía social; y, de la actividad económica y el empleo en el medio rural, en especial a colectivos como mujeres, personas jóvenes, parados de larga duración, en riesgo de exclusión y personas con discapacidad. También se crea la responsabilidad social rural. Se pretende fomentar la economía verde y sostenible con especial atención a las energías renovables, la agricultura y la ganadería, el sector forestal, la agroindustria y el turismo en el medio rural. Los proyectos de inversión empresariales en zonas rurales que impliquen una aportación a la cohesión territorial y social, al desarrollo sostenible de estas zonas y al equilibrio demográfico, podrán ser declarados inversiones de interés autonómico para Aragón.

La ley se ocupa de las políticas sectoriales —vivienda, salud, equipamientos y servicios, cultura, etc.—; y, se adopta, como en Extremadura, la obligación de un «territorio de 30 minutos» (25), que resulta un derecho subjetivo de la ciudadanía. Se fomenta el transporte a demanda y la movilidad compartida y se incorporan las tecnologías digitales de comunicación con el fin de fomentar la conectividad rural.

Resulta innovador el escenario vital y patrimonio territorial, al incorporar la custodia del territorio como instrumento de fijación de la población en el medio rural y herramienta de conservación del medio ambiente.

Igualmente, la ley dedica especial atención a determinados colectivos. Favorecer la calidad de vida de las mujeres que viven en el medio rural y su

(25) Art. 52 «4. La distribución de equipamientos y servicios básicos como los educativos, sanitarios y de servicios sociales, así como los equipamientos culturales, deportivos y de protección civil de carácter supramunicipal se realizará conforme lo dispuesto en la Estrategia de ordenación del territorio de Aragón, garantizando un tiempo máximo de acceso a los mismos de 30 minutos. Aquellos asentamientos que por sus condiciones geográficas no puedan alcanzar este tiempo de acceso serán objeto de medidas compensatorias».

empoderamiento, así como de apoyo para el acceso de las mujeres al empleo; medidas de apoyo a las familias y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a la corresponsabilidad; medidas de apoyo a la población joven en el medio rural; y medidas de apoyo a la población migrante y a la inclusión social en el medio rural.

La ley aragonesa opta por una fiscalidad diferenciada (Título VIII) específica para las personas y bienes que residan o se hallen en asentamientos rurales con alto riesgo de despoblación o con riesgo extremo, especialmente, en los ámbitos que afectan a la natalidad, la dependencia, la vivienda y el emprendimiento. Esta fiscalidad «rural» afecta a «los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sobre Sucesiones y Donaciones en consideración del sistema de asentamientos de Aragón y el índice sintético de desarrollo territorial, al objeto de contribuir a la dinamización de la economía rural y a la fijación de la población en el medio rural de la Comunidad Autónoma de Aragón».

Los beneficios fiscales serán los establecidos en el art. 160-2 para el IRPF y 160-3 para el ITP y AJD. Las primeras se aplican a fomento de la natalidad, cuidado de personas, adquisición vivienda, libros y material escolar, guardería, y por residencia en determinados municipios.

Resulta una ley que pone el foco en el desarrollo rural, más que el problema demográfico o de la desigualdad territorial. Pero como vengo reiterando, se identifica mundo rural-despoblación —desigualdad—. No pretende ser una ley para luchar contra el despoblamiento sino para lograr el desarrollo del mundo rural, y ello puede traer consigo la lucha contra la despoblación del mismo. Tiene un carácter muy integral, pues abarca un amplísimo espectro de aspectos algunos propios del reto demográfico, pero principalmente del mundo rural. Resulta compleja en su zonificación y clasificación de los asentamientos y municipios rurales, y más en cuanto a la aplicación de una discriminación positiva en la fiscalidad. Este resulta uno de los aspectos más importantes y destacables de atacar el problema de la desigualdad de oportunidades y servicios.

5. Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial de la Comunidad Valenciana (26)

La ley valenciana, que distingue acertadamente despoblación, fenómeno demográfico, de despoblamiento, fenómeno territorial, pretende ser integral contra el despoblamiento, que ha adquirido un carácter estructural, muy rele-

(26) Publicada DOGV nº 9580 de 21 de abril de 2023 y BOE nº 105, de 3 de mayo de 2023. Entrada en vigor 11 de mayo de 2023.

vante para el equilibrio y la cohesión de la región, en la línea de afrontar la despoblación como una causa del desequilibrio territorial entre en mundo rural y el urbano, y no como una consecuencia de la vulnerabilidad del mundo rural.

La Ley consta de cuatro títulos, y 42 artículos, además de cuatro disposiciones transitorias, una derogatoria y dos finales. Es de aplicación a la Administración de la Generalitat, así como a los organismos, las entidades y las empresas que integran, y respetando la autonomía municipal, a las administraciones locales.

Los fines y principios rectores —perspectiva del despoblamiento en todas las políticas del Consell— son las que se vienen repitiendo en las otras legislaciones autonómicas: Mejorar la calidad de vida, así como la viabilidad económica y social de los municipios en riesgo de despoblamiento y garantizar el trato institucional equitativo que ordena la legislación vigente; Impulsar la cohesión social, económica y territorial en la Comunitat Valenciana; Crear y promover las condiciones para retener y atraer población en estos municipios, mediante la mejora de las infraestructuras y los servicios; Promover y garantizar la permanencia en el sistema educativo del alumnado de las zonas rurales más allá de la enseñanza básica, entre otras.

El Título I contiene los instrumentos de gobernanza y coordinación administrativa de las políticas contra el despoblamiento, así como el informe de perspectiva rural para las leyes y planes sectoriales, la planificación estratégica de las políticas contra el despoblamiento, las fórmulas previstas de participación de la ciudadanía y de colaboración interinstitucional, y las medidas de formación, investigación, estudio y divulgación sobre el fenómeno del despoblamiento.

Se crea el Fondo de Cooperación Municipal contra el Despoblamiento con el objetivo de garantizar la suficiencia financiera para municipios en riesgo de despoblación y que así puedan prestar los servicios locales. Es un fondo incondicional y no finalista su regulación se excluye del régimen de subvenciones. Se nutre de los presupuestos anuales de la Generalitat.

El Título II establece, en sendos artículos 14 y 15, los criterios de zonificación y la definición de municipio en riesgo de despoblamiento, con el fin de poder enfocar las medidas transversales y sectoriales en beneficio de aquellos municipios y comarcas que padecen situaciones demográficas más graves, para lograr una mayor eficacia en las medidas, si bien con un margen de flexibilidad suficiente que permita adecuar las medidas sectoriales por razones de coherencia y equidad territorial.

Resultan claves los «índicadores demográficos y territoriales relevantes a los efectos de esta Ley», así como su actualización anual, pues será la forma de conocer que municipios están en riesgo de despoblamiento. El criterio de zonificación es por el cumplimiento de al menos cuatro de los indicadores esta-

blecidos (27). También se considerarán municipios en riesgo de despoblamiento aquellos que, pertenezcan a áreas funcionales con una densidad demográfica igual o inferior a 12,5 habitantes por kilómetro cuadrado; y, aquellos con población inferior a 300 habitantes.

El Título III establece las medidas que tienen por objeto la cohesión social, económica y territorial frente al despoblamiento.

Se contemplan medidas dirigidas a garantizar el acceso a los servicios públicos y para la igualdad de derechos y oportunidades, en el ámbito de las políticas públicas, tales como educación pública, propiciando una adecuada red de centros rurales, o la estabilización de plantillas e incentivación de las de difícil provisión; o el acceso a la sanidad pública potenciando los centros de atención primaria, y garantizando, en la medida de lo posible, el acceso a los servicios sanitarios básicos, pero sin comprometer medidas concretas.

Son también objeto de atención el acceso a los servicios sociales compensando los desequilibrios territoriales; medidas específicas para la juventud en el ámbito rural, en desarrollo de la ley sectorial; para las personas mayores o de igualdad de género en el medio rural.

Se atiende al acceso a la justicia, transporte —mediante servicios de transporte público, sensibles a la demanda—, acceso a la por la función social de la vivienda en los municipios en riesgo de despoblamiento; servicios bancarios; cultura; o, tecnologías de la información.

Se establece el marco para desplegar medidas dirigidas a la reactivación y la diversificación socio-económicas y la promoción del empleo; constan tanto de medidas transversales de promoción, en materia de contratación pública; para la discriminación positiva o de incentivos fiscales, como medidas específicas de ámbito sectorial de mayor relevancia para el territorio, teniendo una especial importancia las medidas en el sector agroalimentario, en el turismo, comercio de proximidad, la innovación, las energías renovables o la gestión forestal sostenible.

Se muestra una preocupación por el planeamiento urbanístico en los municipios en riesgo de despoblamiento, proponiendo medidas para agilizar la tramitación de los planes sin formulas concretar; y, se instauran uno nuevos planes de acción territorial en los municipios en riesgo de despoblamiento dentro del sistema rural valenciano, que deberá elaborar la consellería de ordenación del territorio.

Resulta un texto legal más concreto al referirse principalmente al despoblamiento y la equidad (prestación de servicios) territorial, más concreto en

(27) Densidad de población; crecimiento demográfico; tasa de crecimiento vegetativo; índice de envejecimiento; índice de dependencia y tasa migratoria.

su objeto, no así en las actuaciones que propone que se asemejan al resto de CCAA. No incorpora medidas fiscales de discriminación positiva de los municipios en despoblamiento, ni los identifica, establece los criterios mediante indicadores demográficos y territoriales. Crea un Fondo de Cooperación Municipal contra el Despoblamiento que deberá desarrollarse.

6. Ley 2/2024, de 30 de abril, de Impulso Demográfico del Principado de Asturias (28)

La legislación autonómica más reciente es la Ley de Impulso Demográfico del Principado Asturiano que combina políticas dirigidas al fomento de la actividad económica y la cohesión social en el territorio, por un lado; y, al fomento de la población, principalmente en los municipios y comarcas funcionales en mayor riesgo de despoblación.

El cambio demográfico en Asturias se manifiesta en dos ámbitos: el envejecimiento, con una población de personas mayores de más de 65 años del 26,57 % de la población —frente a un 19,97 % en el resto de España—, y unas bajas tasas de natalidad. Solo la atracción de población, preferentemente joven, talento e inversiones parece puede ayudar a paliar esta realidad. La polarización de la población (80 %) en el área central urbana, hacen que una gran parte del territorio de carácter rural sufra un intenso proceso de envejecimiento, despoblamiento y masculinización de la población, que generan una estructura social que conduce a un nivel de renta inferior de la media regional, acompañado de un riesgo de pobreza y exclusión social. En los últimos años, se han apreciado tendencias positivas en algunos concejos, derivados de una nueva generación de actividades económicas en el mundo rural, pero todavía frágiles.

La Ley tiene 81 artículos e introduce la perspectiva demográfica en todas las políticas públicas, por entender que solo con un planteamiento coordinado y transversal podrá contenerse y revertirse la tendencia poblacional. Resulta muy destacable el alto acuerdo y consenso parlamentario para la aprobación de la Ley.

(28) Publicada BOPA nº 91 de 10 de mayo de 2024 y BOE nº 134 de 3 de junio de 2024. Entrada en vigor 11 de mayo de 2024. Mediante Resolución de 8 de agosto de 2024, de la Consejería de Presidencia, Reto Demográfico, Igualdad y Turismo, se ordenó la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Principado de Asturias en relación con la Ley del Principado de Asturias 2/2024, de 30 de abril, de Impulso Demográfico, por la que se anuncia al inicio de negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con los artículos 9, 69 y 79 y la disposición final primera de la Ley del Principado de Asturias 2/2024, de 30 de abril, de Impulso Demográfico.(BOPA nº 180, de 16 de septiembre de 2024).

El objeto de la Ley, al igual que las restantes leyes autonómicas, es el «*establecimiento de los principios y fundamentos que deben orientar las medidas y actuaciones dirigidas a afrontar el impulso demográfico...*». El ámbito de aplicación es la Administración del Principado de Asturias y sector público autonómico. Los principios y objetivos son sumamente genéricos y bienintencionados. La perspectiva demografía se incorpora como visión transversal a las potestades normativas y desarrollo de políticas en el Principado.

Las principales notas características de la Ley:

- a) Nueva arquitectura institucional relacionada con el impulso demográfico. Importancia de la planificación demográfica operativa en desarrollo de la Estrategia regional. Nuevo modelo de gobernanza compartida y multinivel, mediante la creación de una comisión gubernamental como órgano de asesoramiento, apoyo y coordinación. Todos los proyectos de ley, decretos y planes estratégicos que se impulsen deberán ir acompañados de un informe de impacto demográfico.
- b) Incorporación de criterios demográficos en las políticas públicas, contratación del sector público, ayudas, subvenciones y empleo público.
- c) Compromiso de elaborar una zonificación por razones demográficas de los concejos (art.23). Se establecerán cuatro categorías de municipios: demográficamente dinámicos, inestables, en crisis demográfica y en riesgo de despoblamiento. Los tres últimos, se considerarán concejos en especiales dificultades demográficas, lo que les permitirá disfrutar de una fiscalidad diferenciada.
- d) Tipificación de las zonas rurales (art. 25) con el objeto de disfrutar de una atención específica para combatir los problemas demográficos y los de abandono de tierras. Se distinguirán: Zonas rurales periurbanas, intermedias y naturalizadas. Las primeras serán medidas urbanísticas para gestionar la expansión y difusión urbana; las segundas tienen una vocación agrícola de producción en las que mejorar su rentabilidad; y las terceras, las menos humanizadas, se pretende potenciar la gestión agropecuaria y forestal sostenible en espacios naturales de valor indudable. No se establecen plazos para la elaboración de la zonificación.
- e) Preocupación por la cohesión territorial, si bien sin aportar políticas o medidas concretas para lograr revertir la brecha territorial urbano-rural. Se apunta la posibilidad, sin concreción real, de que los beneficios y cargas de las actuaciones territoriales, dirigidas a hacer frente al reto demográfico, reviertan en todos los municipios de la comarca funcional o figura análoga. Se articula como elemento de gran importancia la movilidad mediante transporte público en el medio rural, pero también se arbitra formulas concretas. El Capítulo VII del Título V, de dedica

al transporte público en el medio rural como infraestructura básica que garantice la accesibilidad a los servicios independientemente del lugar de residencia, optándose, como en otras CCAA, por el transporte sensible a demanda, si bien no se concreta y se remite a la legislación sectorial.

- f) Anuncio de fiscalidad diferenciada para contribuyentes que residan en concejos con especiales dificultades demográficas o a determinados grupos sociales (art. 78). La Ley no concreta los posibles beneficios fiscales como hacen otras legislaciones autonómicas, quedando muy indefinido este aspecto de la Ley.
- g) Catálogo de acceso a los distintos servicios que compone el estado de bienestar (Título IV), con especial atención a los concejos con especiales dificultades demográfica. Se impulsará la prestación de servicios apoyados en la tecnología —por ejemplo, la teleasistencia, art. 36— con el objetivo de reducir desplazamientos.
- h) Garantía de prestación de servicios en los concejos con especiales dificultades demográficas, en especial la atención primaria y servicios sanitarios (art. 34) y a la escuela rural (art.45 y ss.). En este aspecto la Ley resulta más concreta.
- i) Declaraciones de apoyo a la familia, juventud, personas discapacitadas y personas mayores, incorporando una amplia batería de propuestas, programas y iniciativas, sin concreción de medidas legales o presupuestarias (art.38 y ss.). Estas medidas son de carácter general para todo el territorio.
- j) Atención a la población migrante (Capítulo V). El artículo 52 dedica atención al apoyo e integración de la población inmigrante —también a las personas refugiadas o solicitantes de asilo— mediante medidas que favorezcan su arraigo en la comunidad. Asimismo, se articulará una estrategia de apoyo al retorno de asturianos y asturianas en el exterior.
- k) Fomento de la cohesión social (art. 55), igualdad y la conciliación. Especial atención en materia de vivienda, en la que se introducen nuevos modelos de vivienda. El Capítulo VII del Título IV se decide al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, otorgando prioridad a las mujeres en el acceso a ayudas y subvenciones en municipios con especiales dificultades demográficas, impulsar medidas de conciliación con especial atención al medio rural y dar prioridad a las familias monoparentales.
- l) Impulso de medidas de dinamización económica (Título V) para lograr el equilibrio socioeconómico regional. Son medidas generalistas de

apoyo o impulso, sin concreción en obligaciones presupuestarias concretas. El Capítulo III se dedica al desarrollo rural (art.64 a 73) con un amplio catálogo de ideas recetas muy generales de promoción, fomento, apoyo, impulso, que deberán ser concretadas por la Administración autonómica medidas concretas.

Como conclusión se puede afirmar que la Ley Asturiana sigue la estructura, modelo y contenidos de las restantes leyes autonómicas, si bien parece ser la más inconcreta, generalista y poco ambiciosa en establecer algunas medidas más precisas, como por ejemplo la fiscalidad que hemos visto en otras CCAA.

7. Anteproyecto de Ley de Cantabria de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico (29)

El Gobierno de Cantabria (30) sometió, en febrero de 2023, a información pública el anteproyecto de la Ley de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico, pues «abordar los desafíos demográficos es una exigencia para abordar la cohesión social y territorial», y con el objetivo de «garantizar la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas en el territorio». La norma legal tratará de «asegurar una apropiada prestación de servicios básicos a toda la población en condiciones de equidad, adaptada a las características de cada territorio». El anteproyecto no ha sido tramitado ni aprobado por el Parlamento de la Región hasta la fecha.

En la Comunidad de Cantabria se han declarado 39 municipios en riesgo de despoblamiento, enclavados en el mundo rural, en que confluyen el abandono del territorio, éxodo de población más joven, envejecimiento, y demás causas que conducen al reto demográfico, que demanda una respuesta integral y transversal, que abarque todos los ámbitos afectados, y un modelo de gobernanza compartido.

El anteproyecto cuenta con 61 artículos agrupados en tres Títulos. Es un proyecto cuyo objetivo es el despoblamiento y el reto demográfico, si bien, incorpora disposiciones propias de la mejora del mundo rural.

Lo más relevante del texto es que es la primera ley autonómica que va a crear un derecho subjetivo —artículo 1—, al reconocer a los vecinos de los municipios en riesgo de despoblamiento, un derecho «a una actuación proactiva

(29) Publicada Resolución por la que se somete al trámite conjunto de audiencia e información pública el anteproyecto de Ley de Cantabria de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico, BOC n° 34, de 17 de febrero de 2023.

(30) Cantabria aprobó en junio de 2021 la Estrategia Regional de la Comunidad Autónoma de Cantabria frente al reto demográfico y lucha contra la despoblación 2021-2027, como documento planificador de todas las acciones en materia de lucha contra el despoblamiento.

de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en sus diversas áreas competenciales, en materia de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico», configurado como concepto jurídico indeterminado, pero exigible mediante los Tribunales (31).

Los fines que se pretenden con el reconocimiento del «derecho a la actuación proactiva» son promover la igualdad efectiva de los vecinos de los municipios en riesgo de despoblamiento, y frenar la despoblación.

El ámbito también es distinto, más amplio y universal, que el de las restantes leyes autonómicas. La ley se aplicará a «*a las actuaciones que, en materia de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico, se desarrollen por las administraciones públicas, pero también por personas físicas o jurídicas privadas que «desarrollen actividades y proyectos con incidencia en los municipios en riesgo de despoblamiento».*

El Título I, regula la organización y competencia en materia de lucha contra el despoblamiento y planificación. La delimitación territorial se efectuará mediante el Mapa de municipios en riesgo de despoblamiento, y su división en tres categorías —actuación prioritaria por riesgo grave, actuación preferente por riesgo, y tratamiento especial— en base a criterios demográficos, actividad económica, usos del suelo y aislamiento y accesibilidad en relación al medio urbano.

El más extenso e importante es el Título II, relativo a los Derechos de los vecinos de los Municipios en Riesgo de Despoblamiento en materia de lucha contra el despoblamiento y reto demográfico. Resulta muy significativo el enfoque que el anteproyecto de ley da a este Título, en cuanto a ampliar la esfera de los derechos de los vecinos de los municipios en riesgo de despoblación, reconociendo un amplio catálogo de derechos sectoriales que se concretan en un importante número de actuaciones que deberá de apoyo, fomento, discriminación positiva, promoción, etcétera. El articulado del anteproyecto evita hablar de desarrollo o mundo rural, cohesión territorial o equilibrio territorial, centrando totalmente las actuaciones en los municipios en riesgo de despoblamiento, sin concretar cuales son y sin identificarlos explícitamente con el mundo rural.

El Capítulo I, relativo a los derechos generales, regula figuras ya contempladas en otras CCAA, como la incorporación el análisis de impacto demográfico en los procedimientos de elección de normas legales y documentos

(31) Véase la reciente sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 9 de abril de 2024, dictada en el caso KlimaSeniorinnen Schwellz, que ha alumbrado un nuevo derecho fundamental de las personas a gozar de una protección efectiva por parte de las autoridades frente a los efectos adversos del cambio climático, como ejemplo de nuevos derechos subjetivos de la persona.

de planificación sectorial; la declaración de interés público por razones demográficas de «*proyectos o actuaciones que puedan generar una significativa incidencia positiva en los municipios en riesgo de despoblamiento*»; la discriminación positiva en materia de subvenciones públicas; la utilización de la contratación pública como instrumento para la lucha contra la despoblación y el reto demográfico; así como otras medidas de colaboración público-privada y sensibilización.

Se reconoce un nuevo derecho subjetivo, «*el derecho [...] a que la Administración [...] promueva la diversificación económica en sus municipios*», y especifica mediante qué actuaciones lo debe hacer. Estas actuaciones no son medidas concretas, sino que son políticas de apoyo, incentivación y fomento que ya se vienen haciendo. Se regulan derechos en el ámbito agrícola, ganadero y forestal, pero en los municipios en riesgo de despoblamiento.

El derecho de igualdad de acceso al sistema de servicios sociales, se regula mediante medidas de discriminación positiva de apoyo a las familias, de inclusión y atención social, destacándose la necesidad de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, la atención a la infancia y familia, y las ciudades a personas mayores, dependientes y con discapacidad.

El derecho de igualdad de acceso al sistema sanitario prevé medidas en materia de atención primaria y servicios sanitarios adecuados, potenciando los centros de Atención Primaria y asegurando «servicios sanitarios básicos de proximidad». Se reconoce una garantía de acceso a servicios de emergencias y urgencias sanitarias, así como a las citas médicas y a la coordinación de horarios.

El otros pilar básico del Estado de bienestar, el derecho de igualdad de acceso al sistema educativo garantiza el mantenimiento de los colegios en los municipios en riesgo de despoblamiento, así como la adecuación de la oferta de Formación Profesional.

Se reconoce el derecho de igualdad en materia de transporte, estableciéndose un sistema de transporte de proximidad, impulsándose el servicio a demanda, y fomentando la creación de áreas territoriales de prestación conjunta rural, y el transporte colaborativo.

La regulación de medidas en materia de urbanismo y vivienda, lo es en menor medida que otras leyes autonómicas. Se pretende el fomento de las energías renovables sin mayores concreciones; y, la eficiencia en la gestión del agua, así como la conectividad digital de toda la población.

El Título III aborda de forma genérica y abstracta la financiación de las medidas de lucha contra el despoblamiento y frente al reto demográfico, mediante incentivos fiscales «*destinados específicamente a los contribuyentes que residan en los Municipios en Riesgo de Despoblamiento y que podrán*

afectar tanto a los tributos propios como a los tributos cedidos», sin concretar, como se ha hecho en otras CCAA, en que tributos y cuantía.

Es un anteproyecto de ley que resulta innovador en cuanto a que es el único que establece derechos subjetivos, «de actuación», pero ese reconocimiento de derechos luego resulta poco concretos e identificables, pero supone un salto cualitativo en las legislaciones autonómicas. De llegarse a aprobar los vecinos de los municipios en riesgo de despoblación pudieran exigir a la administración políticas muy concretas para hacer efectivo su derecho, y que ya no se trata de un documento no normativo (estrategias) sino de una obligación de actuar proactivamente —«Que toma activamente el control y decide qué hacer en cada momento, anticipándose a los acontecimientos» (RAE)—, y por tanto, de no actuar se estaría incumpliendo una norma legal, y lo que es peor, privando de un derecho legalmente reconocido.

III. TABLA RESUMEN Y CONCLUSIONES

	Ley 5/2021, Galicia	Ley 2/2021, Castilla La Mancha	Ley 3/2022, Extremadura	Ley 13/2023, Aragón	Ley 5/2023, Comunidad Valenciana	Ley 2/2024, Principado de Asturias	Anteproyecto Cantabria
Titulo	Impulso demográfico	Despoblación y desarrollo mundo rural	Reto demográfico y territorial	Dinamización mundo rural	Despoblamiento y equidad territorial	Impulso Demográfico	Despoblamiento y reto demográfico
Estructura	3 títulos y 109 artículos	8 títulos y 77 artículos	4 títulos y 103 artículos	8 títulos y 97 artículos	4 títulos y 42 artículos	7 títulos y 81 artículos	3 títulos y 61 artículos
Objeto	Marco de orientación actuaciones materia demográfica	Principios de actuación para lograr desarrollo integral medio rural	Marco de actuaciones en materia demográfica y territorial	Marco normativo discriminación positiva mundo rural	Integral contra el despoblamiento	Afrontar el impulso demográfico	Abordar desafíos demográficos y cohesión social y territorial

Fines	Trasformación demográfica y acceso equitativo servicios	Lucha des-población; garantía servicios; desarrollo mundo rural	Catálogo de servicios accesibles medio rural, calidad de vida	Igualdad de oportunidades, calidad de vida y desarrollo mundo rural	Mejora calidad de vida, viabilidad municipios en riesgo, cohesión territorial	Igualdad hombres y mujeres; superación desigualdades; fomento desarrollo rural; igualdad oportunidades; cohesión territorial	Promover la igualdad efectiva, frenar proceso despoblamiento, mejor calidad vida
Ámbito aplicación	Administraciones	Administraciones	Administraciones	Administraciones	Administraciones	Administraciones	Actuaciones en materia de lucha despoblamiento
Derechos subjetivos	NO	NO	NO	NO	NO	NO	Sí, a actuación proactiva
Zonifica-ción	NO	SÍ	NO	SÍ	Sí, criterios	Sí	Sí, ya declarada
Catego- rización zonas despob- ladas o rurales	NO	SÍ	NO	Sí, muy compleja	Sí	Sí	Municipios riesgo despoblamiento
Carácter trasver-sal o sistémico	Sí, políticas demográ-ficas	Sí, política trasversal	Si, política trasversal	Sí	Sí	Sí	Sí
Estrategia despo-blación o reto demográ-fico	NO	SÍ	SÍ	SÍ	NO	Sí	Sí
Informe de impacto o perspec-tiva demo-gráficos	Si	SÍ	SÍ	SÍ	Sí	Sí	
Gober-nanza	Si	SÍ	SÍ	Sí	Sí	Sí	Sí
Instrumen-tos Planifi-cación	NO	SÍ	NO	Sí	NO	Sí	

LA RESPUESTA NORMATIVA DE LAS CCAA AL RETO DEMOGRÁFICO Y LA DESPOBLACIÓN(*)

Proyectos Interés general por razones demográ- ficas	NO	NO	SÍ		NO	NO	
Meca- nismo rural de garantía	NO	NO	NO	SÍ	NO	NO	
Respon- sabilidad social territorial	SÍ	NO	SÍ		NO	NO	
Perspec- tiva de género	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Políticas públicas	SÍ. Título II, estratégico	SÍ, Título II	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
Garantía Acceso servicios	NO. Medi- das de impulso...	SÍ, territorio 30 minutos	SÍ, territorio 30 minutos Colegio rural	SÍ, territorio 30 minutos	SÍ	NO, medidas impulso	SÍ, como derechos
Medidas apoyo mundo rural	NO específicas	SÍ, estrategia	SÍ	SÍ		NO, fomento	SÍ
Medidas apoyo natalidad	SÍ	NO concretas	NO		NO	NO	NO
Medidas apoyo familia	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO, grupos edad	SÍ
Trasporte —acce- sibilidad servicios	Diseño futuro	SÍ, demanda	SÍ, demanda	SÍ	-	SÍ, demanda	SÍ, demanda
Fondo Cohesión —Com- paración Territorial	NO	SÍ	Si (art.41), beneficios actuaciones	NO	SÍ	NO	NO

Medidas fiscales y tributarias	NO	Sí, muy concretas	Sí, concretas	Sí	NO	Sí, inconcretas	NO
Medidas discriminación positiva territorial	NO	Sí	Sí	Sí	NO	NO	Sí
Medidas cohesión territorial por razones económicas o sociales	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO

Como conclusión del presente trabajo, se puede decir que el problema de la despoblación o el despoblamiento, como parte del reto demográfico, ha encontrado una respuesta normativa —en la legislación autonómica— en la presente década, como una muestra más de su incorporación a la realidad social y a la agenda política.

Esta respuesta jurídica a la despoblación está siguiendo un modelo común, si bien con algunas diferencias importantes en cuanto a las prioridades, y en algunas medidas que se adoptan, principalmente fiscales, pero en general se puede decir que las CCAA que han legislado han optado por leyes amplias, de principios y estrategias, sin crear efectivos derechos subjetivos de los ciudadanos que viven en territorios en riesgo de despoblación, siendo la aportación más relevante una discriminación positiva de los territorios, y sus habitantes, concretados en algunas CCAA en beneficios fiscales.

Las leyes no son, ni pueden ser un remedio eficaz frente a la despoblación ni el reto demográfico. El modelo legislativo por el que se viene optando puede servir de llamada de atención, de concienciación y ayuda para impulsar políticas y utilizar medidas sectoriales más eficaces, con un claro reflejo presupuestario, de discriminación positiva a los territorios y quienes los habitan. Pero serán otras cuestiones, económicas, sociales y culturales, las que sin duda van a inclinar la balanza, revirtiendo la tendencia actual o profundizándola.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Elsa Marina (2023): *Régimen jurídico de la despoblación en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi. 268 pp.

- BELLO PAREDES, Santiago (2023): «La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 19, pp. 125-147.
- CERDÁ, Paco (2017): *Los últimos. Voces de la Laponia española*. Logroño, Pepitas de calabaza, 176 pp.
- DEL MOLINO, Sergio (2016): *La España vacía. Viaje a un país que nunca fue*. Turner Publicaciones, 302 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis, FERNANDO PABLO, Marcos M (directores) (2022): *Rural renaissance: acción, promoción y resiliencia*, Cizur (Navarra) Aranzadi, 576 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis, FERNANDO PABLO, Marcos M (directores), RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Alicia, TALAVERA CORDERO, Pilar (coordinadores) (2023): *Rural Renaissance: Territorio, precio y valor*, Cizur (Navarra) Aranzadi, 780 pp.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, Alicia, TALAVERA CORDERO, Pilar, FERNANDO PABLO, MARCOS, M. (prólogo) (2024): *Marco normativo para la dinamización demográfica y territorial: transformaciones jurídicas para impulsar el comercio de proximidad*, A Coruña, Editorial Colex, 284 pp.
- FONT GAROLERA, Jaume (2023): *Las Españas Despobladas. Entre el lamento y la esperanza*. Fuencarral, Los Libros de la Catarata, 318 pp.
- LÓPEZ ANDRADA, Alejandro (2017): *El viento derruido. La España rural que se desvanece*, Córdoba, Editorial Almuzara, 312 pp.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando. (2021): «La Lucha contra la despoblación rural», en SANTIAGO IGLESIAS, Diana, MACHO MÍNGUEZ, Luis y FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier (directores), *Instrumentos Jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 29-52.
- MARTÍ FONT, José María (2017): *La España de las Ciudades*. Barcelona, Economía Digital, 235 pp.
- MÍGUEZ MACHO, Luis (2020): «La ordenación territorial y urbanística como instrumentos en la lucha contra la despoblación del medio rural. El caso de Galicia (1)», en *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, número 164.
- SEVILLA, Jordi (2022). *La España herida. Las 6 brechas sociales y cómo corregirlas*, Barcelona, Editorial Deusto, 349 pp.
- TORNOS MAS, Joaquín (2021): «*La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo*», en Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 55-83.

LA CONVERSIÓN DE UNA NORMA DE CONDUCTA EN NORMA DE CONTROL POR EFECTO DEL DERECHO EUROPEO. OFERTAS DE EMPLEO PÚBLICO Y FRAUDE EN LA TEMPORALIDAD^(*)

JOSÉ CABRERA RODRÍGUEZ

Investigador de Posgrado

Facultad de Derecho / ICADE Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE CONTROL.– I. FRAUDE DE LEY EN EL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL: LA CONEXIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE.– II. ASUNTO MONTERO MATEOS (C-677/16): EL CONCEPTO DE «DURACIÓN INUSUALMENTE LARGA» EN LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO.– III. ASUNTO IMIDRA (C-726/19): LA CONFIGURACIÓN DEL ARTÍCULO 70.1 DEL TREBEP COMO NORMA DE CONTROL A PARTIR DEL DERECHO EUROPEO.– IV. ASUNTOS CAM, UNED, AMAS (C-59/22, C-110/22, C-159/22): EXIGENCIA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA INFRACIÓN DEL ARTÍCULO 70.1 TREBEP.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Son normas de conducta las que tienen por destinatario último de su mandato a la Administración y dirigen su actuación. Son normas de control, en cambio, las que dirigen también la actuación administrativa, pero que tienen por destinatario último a los órganos judiciales. La infracción de una mera norma de conducta no determinará la invalidez de la actuación de la Administración pública porque, en el ámbito que le es propio a este tipo concreto de normas, sólo aquélla está llamada a fijar autoritativamente su interpretación y aplicación, sin que los órganos judiciales puedan aquí corregir o reemplazar el criterio administrativo. El artículo 70.1 del TREBEP, que establece un plazo máximo de tres años para la convocatoria de ofertas de empleo público, representaba tradicionalmente un ejemplo de norma de conducta que, sin embargo y por influencia de la jurisprudencia europea relativa a la Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal, se ha convertido recientemente en una auténtica norma de control para los Tribunales españoles.

Palabras clave: fraude en la temporalidad; Directiva 1999/70/CE; oferta de empleo público; norma de conducta; norma de control.

ABSTRACT: *Rules of conduct are those whose ultimate recipient of their mandate is the Administration and direct its actions. Control rules, however, are those that also direct administrative action, but whose ultimate recipient is the judicial bodies. The violation*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 10/03/2024 y evaluado favorablemente para su publicación el 11/11/2024.

of a mere rule of conduct will not determine the invalidity of the action of the public administration because, in the area that is specific to this specific type of rules, only the public administration is called upon to authoritatively establish its interpretation and application, without the judicial bodies can here correct or replace the administrative criterion. Article 70.1 of the TREBEP, which provides for public employment offers to be executed in three years, traditionally represented an example of a rule of conduct that, however, and due to the influence of European jurisprudence relating to Directive 1999/70/EC, on fixed-term employment, has recently become a true control rule for the Spanish Courts.

Key words: public employee basic statute; Directive 1999/70/CE; public employment offer; behaviour rule; control rule.

INTRODUCCIÓN. NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE CONTROL.

Son normas de conducta las que tienen por destinatario último de su mandato a la Administración y dirigen su actuación. Son normas de control, en cambio, las que dirigen también la actuación administrativa, pero que tienen por destinatario último a los órganos judiciales, llamados a aplicarlas en el ejercicio de su función constitucional de control de legalidad de la actuación administrativa [art. 106 CE].

La infracción de una mera norma de conducta no determinará la invalidez de la actuación de la Administración pública porque, en el ámbito que le es propio a este tipo concreto de normas, sólo aquélla está llamada a fijar autoritativamente su interpretación y aplicación, sin que los órganos judiciales puedan aquí corregir o reemplazar el criterio administrativo. Es decir, los órganos judiciales carecen de competencia para su aplicación en el ejercicio propio de la función jurisdiccional (1).

Las normas de control, por su parte, dirigen también la actuación administrativa, pero aquí son los órganos judiciales quienes tienen la competencia última para fijar autoritativamente su interpretación y aplicación. Pueden, por tanto, corregir y reemplazar jurisdiccionalmente el criterio con que hubieren sido interpretadas y aplicadas previamente por la Administración. Las normas de control, en efecto, son el parámetro de enjuiciamiento que permite a los órganos judiciales cumplir su función constitucional de control de legalidad de la actuación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución («CE») (2).

(1) Rodríguez de Santiago, José Mº (2015), «Normas de conducta y normas de control: Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015. Reimpreso el mismo año en: Arroyo Jiménez, Luis et al. (coord.), *El juez del Derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio, Marcial Pons: Madrid, 2015*, pp. 149-187.

(2) Ibídem.

Una precisión terminológica. Cuando hablamos de competencia para establecer autoritativamente la interpretación de una determinada norma, nos referimos a la decisión del legislador de que, aunque estén llamados a aplicar tal norma varios órganos del Estado, sólo a uno concreto se le confiere la facultad de tomar una decisión última respecto a su interpretación, decisión interpretativa que resulta vinculante para los otros órganos del Estado que también están llamados por el legislador a aplicarla. Este fenómeno, por cierto, no es exclusivo de la relación entre Administración y órganos judiciales (art. 106.1 CE) respecto a las normas administrativas. Un fenómeno similar de reparto competencial, donde igualmente existe una pluralidad de órganos aplicadores de una determinada norma pero se confiere prevalencia a la decisión interpretativa de uno determinado entre ellos, puede encontrarse, por ejemplo, en el supuesto de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad. En efecto, aunque todos los órganos del Estado están llamados a aplicar las normas constitucionales (art. 9.1 CE), en este caso la competencia para establecer autoritativamente su interpretación corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional (arts. 123.1 in fine CE; 5.1 LOPJ; 1.1 LOTC) (3).

Un segundo ejemplo lo encontramos en el Derecho de la Unión Europea, al que también nos referiremos abreviadamente como Derecho europeo. Y es que aquí, conforme al principio de autonomía, el «monopolio interpretativo» del Derecho europeo corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (4). De modo que, si bien todos los órganos de los Estados miembros [legislativos, judiciales (5) y administrativos (6)] están llamados a aplicar el

(3) *Vid.* Juan Antonio Xiol Ríos (2018), «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, pp. 173-188.

(4) La expresión «monopolio interpretativo», gráfica para expresar la idea que queremos transmitir aquí, la empleó la Abogado General Eleanor Sharpston en sus Conclusiones de 15-6-2006, asunto Gasparini (C-467/04), apdo. 80; atribuyendo expresamente su paternidad al magistrado europeo Mancini, Giuseppe Federico (1992), «The free movement of workers in the case-law of the ECJ», en: Curtin, Deirdre y O'Keefe, David (eds.), *Constitutional Adjudication in EC and National Law. Essays in Honour of Justice T. F. O'Higgins*, Butterworths: Dublín; p. 67.

(5) Cf. artículo 19.1 TUE; artículo 4 bis LOPJ. *Vid.* Martín Rebollo, Luis (2016), «Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 173-192. Sobre la delicada cuestión de que la jurisprudencia de un órgano judicial interno pueda infringir el Derecho de la Unión, *vid.* Demark, Armando (2020), «Contemporary Issues Regarding Member State Liability for Infringements of EU Law by National Courts», *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, núm. 4, pp. 352-378.

(6) Lo declaró por primera vez el Tribunal de Justicia en la STJUE de 22-6-1989, asunto Fratelli Costanzo (C-103/88). *Vid.* Galán Galán, Alfredo (2021), *Primacía europea y Administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Aranzadi: Pamplona.

Derecho de la Unión, su interpretación última y vinculante para todos ellos es la del Tribunal de Justicia (7).

Un tercer ejemplo, aunque de similitud más relativa, lo encontraríamos en el marco teórico del Derecho privado. En concreto, en la distinción conceptual entre normas de responsabilidad y normas de propiedad (8). Las primeras imponen a los particulares un deber de no lesionar los derechos subjetivos ajenos, pero su transgresión no obliga al órgano judicial a reponer propiamente los derechos conculcados, sino a imponer al responsable un precio por su infracción, esto es, a indemnizar al titular del derecho perjudicado. Las normas de propiedad, por el contrario, sí imponen al órgano judicial el deber de ordenar la reposición de los derechos conculcados; típicamente el derecho de propiedad, de ahí su nombre.

Las normas de responsabilidad están encaminadas a dirigir la conducta privada de los particulares, pero su cumplimiento no está efectivamente garantizado por los órganos judiciales, que tan sólo extraerán de su infracción una consecuencia jurídica indemnizatoria, no restitutoria. Mientras que las normas de propiedad sí operan plenamente como parámetros de enjuiciamiento, obligando a los órganos judiciales a imponer su cumplimiento estricto en caso de infracción por terceros.

El paralelismo con el Derecho público se establece así, por una parte, entre las normas de responsabilidad y las normas de conducta y, por otra parte, entre las normas de propiedad y las normas de control. En efecto, la similitud de la norma de responsabilidad (jurídico-privada) con la de conducta (jurídico-pública) radica en que ambas pueden ser infringidas, ya sea por sujetos privados en el primer caso o por las Administraciones públicas en el segundo, siempre a cambio de un precio o compensación indemnizatoria a los titulares del derecho perjudicado (9).

(7) Por todas, STJUE de 3-7-2012, asunto UsedSoft c. Oracle (C-128/11), apdo. 39: «Según reiterada jurisprudencia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe ser objeto normalmente de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión».

(8) Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas (1972), «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128.

(9) Decíamos que la similitud es relativa porque, en el caso del Derecho público, existen normas de conducta que ni siquiera otorgan protección indemnizatoria al perjudicado, normalmente porque se considera que su posición jurídica cede al interés público. Vid. Doménech Pascual, Gabriel (2012), «Ni más ni menos: el principio de indemnidad y sus excepciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 59-86.

Pero el respeto a los derechos amparados por este tipo de normas no es, ni en uno ni en otro caso, efectivamente garantizado por los órganos judiciales. Y es que la norma de conducta, al igual que la norma de responsabilidad, no habilita al órgano judicial a imponer su estricto cumplimiento al sujeto infractor, ya sea éste una Administración pública en el primer caso o un particular, en el segundo caso.

Tradicionalmente, en el ámbito del Derecho público, un ejemplo típico de norma de conducta se encontraba en el artículo 70.1 del TREBEP; en particular, en su último inciso, donde se establece un plazo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público:

«Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años».

Paradójicamente, la norma del citado artículo 70.1 *in fine* del TREBEP presenta una redacción más propia de una norma de control, en cuanto se expresa en términos claramente imperativos: «[e]n todo caso», «deberá», «improrrogable». Sin embargo y pese a su literalidad, la lectura que la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía haciendo tradicionalmente de este precepto lo configuraba como mera norma de conducta. En particular, en lo relativo al plazo de tres años fijado en su último inciso. Y cuando aludimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos estamos refiriendo tanto a la de su Sala de lo Contencioso-Administrativo como a la de su Sala de lo Social (ésta, en el ámbito del empleo público laboral).

En el orden contencioso, hasta la STS (C/A) de 21-5-2019 (rec. n° 209/2016) (10), la jurisprudencia había venido considerando que dicho artículo 70.1 del TREBEP no establecía un plazo esencial en el sentido del artículo 48.3 de la LPAC y, por tanto, su infracción no determinaba la invalidez de la oferta de empleo público. La infracción del precepto era impune para la Administración pública convocante. La citada sentencia dio el paso de atribuir carácter de esencial al plazo de tres años, aunque seis meses más tarde el Tribunal Supremo se apresuró a precisar que «[e]ste vicio de invalidez del acto

(10) Nótese que el cambio jurisprudencial que comentamos aquí se produjo nada menos que doce años después de la entrada en vigor del precepto. En efecto, el artículo 70.1 conserva su redacción original desde la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que se produjo el 13-5-2007.

administrativo permite, no obstante, la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción que hemos apreciado, según faculta el artículo 51 de la [LPAC]» [STS (C/A) de 12-12-2019 (rec. n° 3554/2017), FJ 5º].

En el orden social, por su parte, es todo un tópico —que la jurisprudencia ha repetido *ad nauseam*— el afirmar que «la mera superación del plazo de tres años, sin que se haya producido fraude o abuso en la contratación, pueda tener como consecuencia la novación de los contratos de interinidad por vacante ni tampoco que estos contratos hayan de tener una duración máxima de tres años, pues ... ese plazo va referido a la ejecución de la oferta de empleo público» [por todas, citamos aquí la STS (Soc.) de 14-1-2021 (rec. n° 4387/2018), FJ 3º.2]. En otras palabras, la infracción del artículo 70.1 del TREBEP tampoco desplegaba consecuencias jurídicas laborales. En concreto, respecto al personal interino por plaza vacante cuyos puestos estarían vinculados a la oferta de empleo público.

Las consecuencias jurídicas administrativas —anulabilidad de la oferta— quedan virtualmente privadas de contenido en la citada STS (C/A) de 12-12-2019 (rec. n° 3554/2017). La oferta deviene irregular por infracción del precepto, pero los actos dictados en su aplicación (procedimientos selectivos) no se ven afectados. Y las consecuencias jurídicas laborales, como acabamos de ver, son inexistentes. La pregunta inevitable que se plantea necesariamente entonces es: ¿qué clase de eficacia jurídica, si acaso alguna, tiene la norma del artículo 70.1 del TREBEP? Según vimos al inicio, la propia de una norma de conducta, no de control. Pero esta naturaleza se vio alterada (y éste es precisamente el fenómeno al que dedicamos nuestro estudio) por la entrada en juego de la Directiva 1999/70/CE.

I. FRAUDE DE LEY EN EL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL: LA CONEXIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO Y LA DIRECTIVA 1999/70/CE.

La Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal (11), tiene por objeto proscribir, de un lado, la discriminación del personal temporal respecto al fijo

(11) Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada aprobado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP). En rigor, el Acuerdo marco no se integra dentro del articulado de la Directiva 1999/70/CE, sino que se incorpora como un anexo. No obstante, para evitar confusiones y teniendo en cuenta que el texto normativo relevante es el que contiene el Acuerdo marco, en lo sucesivo se hará siempre referencia al articulado de este último, estructurado en cláusulas y no en artículos.

comparable (cláusula 4º) y, de otro lado, la utilización abusiva o fraudulenta de las relaciones temporales de empleo (cláusula 5º). El ámbito de aplicación de la Directiva viene definido por la lectura conjunta de sus cláusulas 2º y 3º. Según la cláusula 2º.1, la Directiva «se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada» y, según la cláusula 3º.1, se entiende por tal:

«el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

Tempranamente, el Tribunal de Justicia se ocupó de precisar que el ámbito de aplicación de la Directiva abarcaba cualquier prestación retribuida de servicios por cuenta ajena, con independencia de su nomenclatura, de su configuración jurídica en el Derecho interno y de la naturaleza pública o privada del empleador (12).

Pero aquí cumple hacer una precisión: el ámbito de aplicación de la cláusula 5º, que proscribe la utilización abusiva o fraudulenta de las relaciones temporales de empleo, no es coextenso con el ámbito general de aplicación de la Directiva. En efecto, la citada cláusula 5º tiene un ámbito de aplicación más restringido: según su apartado primero, esta cláusula se aplica a «la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada». Es decir, se aplica a una sucesión de relaciones temporales de empleo con el mismo empleador. Lo que excluye, en principio, las relaciones de empleo basadas en un único vínculo.

Recuérdese, al respecto, cómo hemos visto que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo venía negando expresamente que «la mera superación del plazo de tres años ... p[u]d[ier]a tener como consecuencia la novación de los contratos de interinidad por vacante» [STS (Soc.) de 14-1-2021 (rec. n° 4387/2018),

(12) Por todas, STJUE de 4-7-2006, asunto Adeneler (C-212/04), apdos. 55-57: «[...] as disposiciones de estas dos normas [la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco] no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado [...]. Por el contrario, [...] la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de "trabajador con contrato de duración determinada" [...] engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan [...] Por otra parte, la cláusula 2 [...] lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar [...] la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a "las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje", así como a los contratos y relaciones laborales "[concluidos] en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos"».

ibíd.]. Con lo que se daba la paradoja de que el trabajador vinculado por un contrato de interinidad por vacante, pese a prolongarse indefinidamente en el tiempo su relación de servicio con infracción del artículo 70.1 del TREBEP, nunca podría entrar en el ámbito de aplicación de la cláusula 5º, que persigue precisamente la finalidad de prevenir y sancionar, como ya hemos dicho, la utilización abusiva o fraudulenta de las relaciones temporales de empleo. Es decir, el trabajador de la Administración vinculado por un contrato de interinidad por vacante sería así, en principio, un trabajador temporal incluido en el ámbito general de aplicación de la Directiva, pero con el resultado pírrico de que sólo podría beneficiarse de su cláusula 4º (prohibición de discriminación respecto al personal fijo comparable) y no de su cláusula 5º. Como veremos, esta extraña conclusión, resultado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y evidentemente contraria a la finalidad de la norma europea, concitó la reacción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. ASUNTO MONTERO MATEOS (C-677/16): EL CONCEPTO DE «DURACIÓN INUSUALMENTE LARGA» EN LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO

El Tribunal de Justicia expresó por primera vez abiertamente su perplejidad ante esta paradoja de la jurisprudencia española en la STJUE de 5-6-2018, asunto Montero Mateos (C-677/16), dictada por su Gran Sala. Bien es cierto que allí se enjuiciaba la aplicación de la cláusula 4º al personal interino por vacante. En concreto, por considerar que la ausencia de indemnización por extinción de su relación laboral podía constituir una discriminación respecto a la indemnización por despido objetivo reconocida al personal laboral fijo. La norma interpretada no era, por lo tanto, la cláusula 5º de la Directiva. No obstante, el caso de autos presentaba la situación de una trabajadora interina por vacante que, pese a su modalidad de contrato (teóricamente sometida al plazo máximo de tres años del artículo 70.1), había permanecido en su puesto durante un total de ocho años.

El Tribunal de Justicia concluyó que no existía discriminación injustificada porque las causas tasadas del despido objetivo diferenciaban su presupuesto de hecho de la situación en que finaliza una relación interina por cobertura de la vacante. No obstante, el apartado 64 del pronunciamiento contenía un obiter dictum que se hacía eco de la paradoja a que aludimos:

«En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa

que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

El artículo 70.1 del TREBEP no se planteó allí a la consideración del Tribunal. Pero el pronunciamiento constitúa una crítica en toda regla a la evidente inseguridad jurídica en que se encontraban este tipo de relaciones temporales de empleo. También por primera vez el Tribunal de Justicia lanzaba allí una observación que acabaría por imponerse posteriormente en su jurisprudencia: la posibilidad de que, «habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga», procediera recalificarlo judicialmente como fijo (13).

El concepto de «duración inusualmente larga» presenta una paradoja de Sorites: Documentada por Diógenes Laercio en su *Vida de los filósofos* (VII, 82) (14) y atribuida a Eubúlides de Megara (15), esta paradoja se refiere a conceptos vagos cuya definición depende de un gradiente y a la imposibilidad de establecer un umbral concreto en el gradiente a partir del cual pueda concluirse la existencia del concepto en cuestión. Por ejemplo, ¿cuántos granos de arena definen un «montón»? O, en nuestro caso, ¿cuántos años de antigüedad es necesario acumular para considerar que una relación de empleo es «inusualmente larga»?

Sea como fuere, en el asunto Montero Mateos (C-677/16) parece quedar claro que al menos ocho años de permanencia en el puesto de trabajo bastan para concluir que la relación de empleo temporal es inusualmente larga. Por lo tanto, a partir de este pronunciamiento, una duración de ocho años se presenta como el posible umbral en el gradiente a partir del cual puede concluirse que

(13) El *obiter dictum* es incluso más llamativo si se tiene en cuenta que la determinación de las circunstancias en que proceda tal recalificación se reserva expresamente a los Estados miembros en el apartado 2.b) de la cláusula 5º de la Directiva 1999/70/CE. *Vid.* STJUE de 26-11-2014, asunto Mascolo (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13) (apdo. 80): «En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco deja en principio a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido». *Vid.* Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2018), «El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales», en: Agustí Julià, Jordi (dir.) XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social, Generalitat de Catalunya: Barcelona, pp. 196-219.

(14) Citaremos la traducción de García Gual, Carlos: Diógenes Laercio, *Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, Madrid, Alianza: «No es posible que el dos sea un número bajo y no también el tres, y no es posible que éstos lo sean y no el cuatro, y así hasta el diez. Y el dos es un número bajo. Por lo tanto también el diez».

(15) Moline, Jon (1969), «Aristotle, Eubulides and the Sorites», *Mind*, vol. 78, núm. 311, pp. 393-407.

dicha relación de empleo temporal ha devenido, cuando menos, anómala o patológica (16).

En resumen: ya en 2018, el Tribunal de Justicia detectó la anomalía del empleo público temporal —en particular, de las relaciones de interinidad por vacante— en el ordenamiento jurídico español, pero todavía no había adquirido conocimiento del artículo 70.1 del TREBEP, pese a que cumplía más de una década de vigencia. Recuérdese que, según consolidada jurisprudencia (17), el Tribunal de Justicia está limitado a considerar el Derecho interno en los términos en que se lo presenta el órgano judicial remitente del Estado miembro. En efecto, el Tribunal carece absolutamente de competencia para «cuestionar o comprobar la exactitud de la interpretación del Derecho nacional realizada por el juez nacional, ya que esta interpretación forma parte de la competencia exclusiva de este último». Por lo que, en el marco de la cuestión prejudicial, «debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional» (18). En el marco de la cuestión prejudicial, el Derecho interno, así como su interpretación, se manejan allí como una cuestión de hecho (19), susceptible de prueba, cuyo conocimiento o indagación de oficio no se le presume al Tribunal de Justicia (20). No será hasta tres años más tarde cuando afrontará el artículo 70.1 del TREBEP.

(16) *Vid. Cabrera Rodríguez, José (2019), «¿Fin del derecho a indemnización por ceso del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS [Social] de 13 de marzo de 2019», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, pp. 245-271.*

(17) STJUE de 22-12-1964, asunto Dingemans (C-24/64) y de 1-12-1965, asunto Dekker (C-33/65), que pueden considerarse las sentencias fundacionales de esta doctrina. *Vid. Lenaerts, Koen, Maselis, Ignace y Gutman, Kathleen (2014), EU Procedural Law*, Oxford, OUP, pp. 233-234.

(18) STJUE 6-10-2015, asunto Târșia (C-69/14), ap. 12-13; repetido textualmente en la STJUE de 14-7-2016, asunto Promoimpresa (C-458/14), ap. 28-29. Por citar un caso español, en el mismo sentido, véase STJUE de 15-4-2010, asunto Fundación Gala-Salvador Dalí (C-518/08), ap. 21.

(19) Rodin, Siniša (2016), «Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, núm. 4, pp. 815-840; en particular, p. 825: «Indeed, the CJEU considers itself bound by legal interpretations of national law submitted to it by a referring national court. And it is precisely for this reason that the CJEU understands the national law of member states as fact, not as law».

(20) STGUE de 20-3-2013, asunto El Corte Inglés c. OEPM (T-571/11), ap. 35: Sólo al Derecho de la Unión Europea «se [le] aplica el principio iura novit curia, mientras que el primero [el Derecho interno] se sitúa en el plano de la carga de la alegación y de la prueba de los hechos, de modo que su contenido debe, en su caso, documentarse mediante la presentación de pruebas». Cf. Abogado General Miguel Pozares Maduro, Conclusiones de 19-2-2004, asunto Panayotova (C-327/02), apdo. 81: «Aunque el Tribunal de Justicia es el intérprete del Derecho comunitario, no es el intérprete del Derecho nacional. Cuando el Tribunal de Justicia analiza el Derecho nacional, tiene que ajustarse a la interpretación ofrecida por el órgano jurisdiccional nacional».

III. ASUNTO IMIDRA (C-726/19): LA CONFIGURACIÓN DEL ARTÍCULO 70.1 DEL TREBEP COMO NORMA DE CONTROL A PARTIR DEL DERECHO EUROPEO.

En efecto, la STJUE de 3-6-2021, asunto IMIDRA (C-726/19), responde a una cuestión prejudicial española en la que, por primera vez, el órgano judicial remitente somete expresamente el artículo 70.1 del TREBEP a la consideración del Tribunal de Justicia, que se condensa en el apartado 61 del pronunciamiento:

«la normativa nacional, en particular el artículo 70 del EBEP, fija un plazo de tres años para la organización de los procesos selectivos. Por tanto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, dicho plazo permite, de manera indirecta, evitar perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes. No obstante, dicho plazo, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede ser objeto de prórroga por diversos motivos, de modo que ese mismo plazo es tan variable como incierto».

El Tribunal de Justicia constata que el precepto, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, se configura como una norma de conducta. Dicho con otras palabras, el ordenamiento español no garantiza su cumplimiento efectivo. Razón por la que el Tribunal califica dicho plazo de «tan variable como incierto». Y la conclusión que extrae es la siguiente (apdo. 62):

«[A] falta de plazo preciso para la convocatoria y finalización de los procesos de selección que tengan por objeto cubrir de manera definitiva la plaza hasta entonces ocupada por un trabajador en virtud de un contrato de duración determinada, puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco [anexo a la Directiva 1999/70/CE], la renovación de tales contratos de trabajo de duración determinada para atender a necesidades que, en realidad, no son provisionales, sino, al contrario, permanentes y duraderas».

En definitiva, una norma de conducta —cuyo cumplimiento estricto no puede ser impuesto a la Administración por el órgano judicial— no es adecuada para dar cumplimiento a la cláusula 5º de la Directiva, que exigiría una norma de control (21). Y, en este sentido, el Tribunal de Justicia insta abiertamente al

(21) No obstante, la cláusula 5º de la Directiva no impone medidas concretas, sino que su elección corresponde a la competencia de los Estados miembros (apdos. 46-47): «[C]uando ... el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco (...). [A] falta de normativa de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía de procedimiento de estos».

órgano judicial remitente a apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la medida en que, al amparo del principio de interpretación conforme con el Derecho europeo (apdo. 86),

«el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional [art. 70.1 TREBEP] de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho».

Primera advertencia. A la que el Tribunal Supremo tendrá que plegarse en parte: si su Sala de lo Social había venido reiterando *ad nauseam*, según vimos, que «la mera superación del plazo de tres años ... pueda tener como consecuencia ... que estos contratos [de interinidad por vacante] hayan de tener una duración máxima de tres años» [STS (Soc.) de 14-1-2021 (rec. nº 4387/2018), FJ 3º.2], ahora rectificará su jurisprudencia para afirmar que la infracción del artículo 70.1 basta para recalificar estas relaciones laborales interinas como indefinidas no fijas [STS (Soc./Pleno) de 28-6-2021 (rec. 3263/2019)] (22). El Tribunal Supremo elude así el *obiter* del apartado 64 de la STJUE de 5-6-2018, asunto Montero Mateos (C-677/16), pues la relación indefinida no fija continúa siendo, como ya había tenido ocasión de corroborar el Tribunal de Justicia, una relación temporal (23). Y no sólo eso, sino que, como comprobará el mismo Tribunal tres años más tarde, la relación de empleo del personal «indefinido no fijo», al igual que la del interino por vacante, también puede postergarse indefinidamente más allá del plazo legal de tres años: la infracción del artículo 70.1 del TREBEP sigue siendo impune (24).

(22) Una sistematización del fragmentario régimen jurídico del indefinido no fijo puede encontrarse en: López Balaguer, Mercedes y Ramos Moragues, Francisco (2020), «El personal «indefinido no fijo». *Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant: Valencia; y Beltrán de Heredia, Ignasi (2021), *Indefinidos no fijos, Una figura en la encrucijada*, Albacete, Bomarzo.

(23) ATJUE de 11-12-2014, asunto León Medialdea c. Huétor Vega (C-86/14). Aunque extrañamente el Tribunal Supremo fantaseó un tiempo con la extraña idea de que el personal «indefinido no fijo» era «fijo»: STS (Soc.) de 28-3-2017 (rec. 1664/2015). Posteriormente tuvo que modificar su postura para adecuarla a la del Tribunal de Justicia y afirmar el carácter temporal de la relación: STS (Soc.) 2-3-2018 (rec. 27/2017).

(24) Si bien es cierto que la nueva doctrina contempla una indemnización de veinte días por año de servicio con el máximo de doce mensualidades en caso de extinción del vínculo indefinido no fijo por cobertura reglamentaria. Pero la jurisprudencia europea viene considerando insuficiente tal indemnización desde la. STJUE de 21-11-2018, asunto Diego Porras (apdo. 94); crítica que reiterará en la STJUE de 3-6-2021, asunto IMIDRA (C-726/19) (apdo. 75); y en la STJUE de 22-2-2024, asuntos CAM, UNED, AMAS (C-59/22, C-110/22, C-159/22) (apdo. 106). El Tribunal Supremo, no obstante, ha hecho caso omiso de esta crítica y ha mantenido la indemnización por importe de veinte días.

IV. ASUNTOS CAM, UNED, AMAS (C-59/22, C-110/22, C-159/22): EXIGENCIA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 70.1 TREBEP

La segunda —y definitiva— advertencia llegó con la STJUE de 22-2-2024, asuntos CAM, UNED, AMAS (C-59/22, C-110/22, C-159/22). Los hechos del caso hablan por sí solos. Una trabajadora indefinida no fija discontinua que acumula veintisiete años de antigüedad en su puesto de trabajo (C-59/22), un trabajador indefinido no fijo que acumula veintiséis (C-110/22) y otra trabajadora, cuya relación no fue recalificada judicialmente de indefinida no fija, que acumula catorce (C-159/22). El artículo 70.1 del TREBEP, manifiestamente inoperante. En estas circunstancias, la Sección 2^a de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid plantea varias cuestiones prejudiciales en las que se pregunta, entre otras cosas, si la categoría de indefinido no fijo, habida cuenta de que tampoco garantiza el cumplimiento del plazo máximo de tres años, es compatible con la cláusula 5^a.

Aquí el reproche del Tribunal de Justicia a la Administración española alcanza su punto álgido. En efecto, tras haber pasado revista a las diferentes medidas que el Estado español alega como trasposición de la cláusula 5^a de la Directiva («indefinido no fijo», procedimientos selectivos (25), indemnización de veinte días, responsabilidad administrativa por irregularidades en las relaciones temporales de empleo), el Tribunal de Justicia alcanza la conclusión de que todas ellas son ineficaces para dar cumplimiento a la norma europea (26). Y, constatada la total ausencia de medidas alternativas adecuadas en el ordenamiento español, incluida su jurisprudencia interna, el Tribunal llega a la siguiente conclusión (apdo. 128):

«[U]na normativa que establece una norma imperativa según la cual, en caso de utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada, como los contratos indefinidos no fijos de que se trata en los litigios principales, estos contratos se convierten en relación laboral de duración indefinida [fija] puede implicar

(25) A propósito de los procedimientos selectivos, el Tribunal constata la impunidad con que la Administración infringe el artículo 70.1 del TREBEP: «en los casos de autos, pese a que la normativa aplicable en los litigios principales establece plazos concretos para que la Administración de que se trate convoque tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y esos procesos son poco frecuentes» (apdo. 98).

(26) El Tribunal considera que los procedimientos selectivos no son una medida adecuada porque «también están abiertos a los candidatos que no hayan sido víctimas de ese abuso» (apdo. 46) y su organización «es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de nombramientos o relaciones de servicio» (apdo. 47). También rechaza la adecuación del régimen de responsabilidad administrativa por su «grado de ambigüedad y de abstracción» (apdo. 128); así como la indemnización de veinte días por ser «independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada» (apdo. 106).

una medida que sanciona efectivamente tal utilización abusiva y, por lo tanto, debe considerarse conforme con la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

No es ésta la primera vez en que el Tribunal de Justicia considera la recalificación de la relación laboral en fija como medida adecuada para dar cumplimiento a la cláusula 5^a en el ordenamiento español. Ya lo había considerado anteriormente en la STJUE de 19-3-2020, asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18). Existe, no obstante, una diferencia fundamental entre este último pronunciamiento y el que comentamos aquí ahora. El asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y C-429/18) se refería a personal estatutario de los servicios de salud y el Juzgado remitente puso de manifiesto al Tribunal de Justicia que los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 24 y 103.3 CE) proscribían, para ese específico tipo de relación, la adquisición de la condición de fijo sin previa superación de un procedimiento selectivo (apdo. 130). En cambio, en los asuntos CAM, UNED, AMAS (C-59/22, C-110/22, C-159/22), la cuestión prejudicial allí planteada versaba exclusivamente sobre personal laboral y, a diferencia del asunto Sánchez Ruiz, el órgano judicial remitente explicará al Tribunal de Justicia, según la jurisprudencia constitucional interna, los citados principios de igualdad, mérito y capacidad sólo son aplicables al personal sujeto a una relación administrativa de empleo (personal funcionario y estatutario), pero no a los trabajadores con una relación de empleo laboral (27). Y que sólo el Tribunal Supremo, a diferencia del Constitucional y en discrepancia con este último, considera tales principios aplicables al empleo público laboral (28).

Este dato permitirá ahora al Tribunal de Justicia sugerir la necesidad de que, por imperativo del principio de interpretación conforme con el Derecho europeo, los Tribunales españoles descarten la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en su lugar, opten por la del Tribunal Constitucional. Ello, en cuanto que esta última, a diferencia de aquélla, sí permitiría recalificar las relaciones laborales temporales como fijas. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia es perfectamente explícito (ap. 137):

«[S]i, en ese supuesto [de discrepancia jurisprudencial entre ambos], el tribunal remitente considerase, además, que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, a diferencia de la del Tribunal Constitucional, se opone a tal conversión, el tribunal remitente debería entonces modificar dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo si esta se basa en una interpretación de las disposiciones de la Constitu-

(27) AATC núm. 873/1985, de 5-12-1985; 880/1985, de 11-12-1985 y 154/1987, de 11-2-1987; SSTC núm. 281/1993, de 27-9-1993, y 269/1993, de 20-9-1993. Al respecto, *vid.* Margarita Beladiez Rojo (2018), «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, y Casas Baamonde, María Emilia (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. 1, Madrid, BOE, pp. 702-721.

(28) En particular, desde la STS (Soc.) de 7-10-1996 (rec. 3307/1995).

ción incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de la cláusula 5 del Acuerdo Marco».

A partir de esta sentencia, la infracción del artículo 70.1 del TREBEP ya no puede quedar impune. Ni tampoco compensarse (como sería propio de una norma de conducta) por una indemnización de veinte días al término de la relación laboral. La conversión del precepto interno en norma de control, iniciada en el asunto IMIDRA (C-726/19), culmina aquí. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ve ahora abocada irremisiblemente a modificar su persistente jurisprudencia sobre la eficacia jurídica laboral del artículo 70.1 del TREBEP. Y, con bastante probabilidad, la Sala de lo Contencioso-Administrativo tendrá también que hacer lo propio cuando el Tribunal de Justicia resuelva la cuestión prejudicial pendiente en el asunto HM y VD c. Generalitat de Catalunya (C-332/22), en este último caso con respecto al personal funcionario temporal incursio en fraude de ley (29).

De momento, a la fecha de redacción de este artículo, el Pleno de la Sala de lo Social, en sesión no jurisdiccional, ha analizado el modo de aplicar la reciente STJUE de 22-2-2024. En concreto, tras expresar sus dudas acerca del alcance de este pronunciamiento, la Sala ha acordado iniciar las actuaciones tendentes a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (30).

V. CONCLUSIONES

Lo que ha pretendido ofrecer este artículo es una contribución al estudio de la influencia que el Derecho de la Unión Europea ejerce sobre el Derecho público interno, un fenómeno que la doctrina viene analizando desde diferentes puntos de vista: procedimiento administrativo (31), régimen de responsabilidad del Estado (32) y, desde un tiempo a esta parte, también el régimen jurídico del empleo público.

(29) Sobre la jurisprudencia contenciosa relativa al personal funcionario temporal, *vid.* Cabrera Rodríguez, José (2020), «Función pública temporal y precario administrativo», en esta REVISTA, núm. 55, pp. 392-415; por extenso, Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel (2018), Función pública y Derecho europeo, Madrid, Civitas.

(30) Comunicado del Consejo General del Poder Judicial de 7-3-2024, disponible en su página web. Sobre los problemas que plantea la aplicación de la STJUE de 22-2-2024, *vid.* Cabrera Rodríguez, José (2024), «Crónica de una muerte anunciada: la categoría de trabajador indefinido no fijo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22-2-2024», Revista Vasca de Administración Pública, en prensa.

(31) Véanse las contribuciones recogidas en la obra coordinada por Alonso García, Ricardo y Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio (2019), *La incidencia del derecho de la unión europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Vitoria-Gasteiz, IVAP.

(32) Rodríguez de Santiago, José M. (2022), «El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (C-278/20)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 84, pp. 125-148.

En este caso concreto, la influencia europea se ha hecho sentir concretamente en la configuración del tan citado artículo 70.1 del TREBEP como parámetro de enjuiciamiento de la actividad administrativa. El precepto ha experimentado una paulatina conversión de mera norma de conducta a norma de control plena y, por lo tanto, ha modificado su eficacia jurídica en el control jurisdiccional de la legalidad administrativa (art. 106.1 CE). En efecto, tal como hemos visto en los apartados anteriores, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como también inminentemente la de su Sala de lo Contencioso (33), se ven abocadas a modificar la lectura que venían haciendo del artículo 70.1 del TREBEP.

A la vista del largo alcance que puede llegar a tener este cambio jurisprudencial, no es descabellado apuntar que la Directiva 1999/70/CE está próxima a liquidar el modelo tradicional de empleo público imperante en nuestro país desde hace más de un siglo (34). En efecto, en las sucesivas cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales españoles en relación con su aplicación en el sector público, puede apreciarse una tendencia a su paulatina laboralización. Fenómeno que tampoco debe provocar escándalo ni preocupaciones innecesarias si, como ya constató hace ahora más de tres décadas el profesor Antonio Ojeda Avilés, el Derecho laboral ofrece al empleado público la protección jurídica suficiente para garantizar la imparcialidad que, como tal, le es constitucionalmente exigible (35).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo y UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio (2019): *La incidencia del derecho de la unión europea en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Vitoria-Gasteiz, IVAP.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita (2018): «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. 1, BOE: Madrid, pp. 702-721.

(33) Este trabajo fue presentado para su evaluación y publicación en fecha 10-3-2024. Posteriormente se dictó la STJUE de 13-6-2024, KT, HM y VC v. Dirección General de la Función Pública y Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña (C-331/2022 y C-332/22), que vino básicamente a reiterar la misma interpretación de la Directiva 1999/70/CE en relación con la regulación interna del funcionariado interino.

(34) Muñoz Llinás, Jaime Ignacio (2019), *La función pública en España: 1827-2007*, Madrid, BOE.

(35) Ojeda Avilés, Antonio (1987), «El empleo temporal en las Administraciones públicas (una aproximación unitaria)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56, pp. 485-510.

- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi (2018): «El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales», en: Jordi Agustí Julià (dir.) *XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, Generalitat de Catalunya: Barcelona, pp. 196-219.
- BELTRÁN DE HEREDIA, Ignasi (2021): *Indefinidos no fijos, Una figura en la encrucijada*, Albacete, Bomarzo.
- CABRERA RODRÍGUEZ, José (2019): «¿Fin del derecho a indemnización por cese del personal laboral interino al servicio de la Administración? La STS (Social) de 13 de marzo de 2019», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, pp. 245-271.
- CABRERA RODRÍGUEZ, José (2020): «Función pública temporal y precario administrativo», en esta REVISTA, núm. 55, pp. 392-415.
- CABRERA RODRÍGUEZ, José (2024): «Crónica de una muerte anunciada: la categoría de trabajador indefinido no fijo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22-2-2024», *Revista Vasca de Administración Pública*, en prensa.
- CALABRESI, Guido, y MELAMED, A. Douglas (1972): «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2012): «Ni más ni menos: el principio de indemnidad y sus excepciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 59-86.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel (2018): *Función pública y Derecho europeo*, Madrid, Civitas.
- GALÁN GALÁN, Alfredo (2021): *Primacía europea y Administración pública. La obligación administrativa de inaplicación*, Pamplona, Aranzadi.
- GARCÍA GUAL, Carlos (2013): *Diógenes Laercio: Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, Madrid, Alianza.
- LENAERTS, KOEN, Maselis, Ignace, y GUTMAN, Kathleen (2014): *EU Procedural Law*, Oxford, OUP.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, y RAMOS MORAGUES, Francisco (2020): *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Valencia, Tirant.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (2016): «Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 173-192.
- MOLINE, Jon (1969): «Aristotle, Eubulides and the Sorites», *Mind*, vol. 78, núm. 311, pp. 393-407.
- MUÑOZ LINÁS, Jaime Ignacio (2019): *La función pública en España: 1827-2007*, BOE: Madrid.

- OJEDA AVILÉS, Antonio (1987): «El empleo temporal en las Administraciones públicas (una aproximación unitaria)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 56, pp. 485-510.
- RODIN, Siniša (2016): «Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, núm. 4, pp. 815-840.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^a (2015): «Normas de conducta y normas de control: Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015. Reimpreso el mismo año en: Luis Arroyo Jiménez et al. (coord.), *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid, Marcial Pons, pp. 149-187.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M^a (2022): «El vigésimo intento. La declaración del incumplimiento de España por su regulación de la responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión. Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (C-278/20)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 84, pp. 125-148.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (2018): «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, pp. 173-188.

JURISPRUDENCIA

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS^(*)

OMAR BOUAZZA ARIÑO

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DERECHO DE ACCESO AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.– III. DERECHO A UN DESCANSO PACÍFICO: EXHUMACIÓN DE TUMBAS POR RAZONES DE INTERÉS GENERAL SIN SOLICITAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS FAMILIARES.– IV. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES: 1. Devolución de un ciudadano checheno por razones de seguridad. 2. Derechos de los presos y salud mental.– V. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ERROR JUDICIAL NO SIEMPRE ES INDEMNIZABLE.– VI. NO HAY PENA SIN LEY: TENSIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA ENTRE CROACIA Y ESLOVENIA.– VII. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: 1. Las fotos de una profesora colgadas en las redes sociales forman parte de su vida privada y no deberían afectar a su empleo público. 2. Régimen de conservación y almacenamiento de datos. Límites a la retención de datos de telecomunicación.– VIII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 1. Libertad de expresión en el entorno laboral. Proporcionalidad de la sanción. 2. La condena penal por la acusación sin pruebas de delitos de acoso sexual y psicológico es desproporcionada. 3. La reputación de un despacho de abogados, ¿constituye un fin legítimo que justifica la limitación de la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general? 4. Apología del terrorismo.– IX. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD.– X. DERECHO A ELECCIONES LIBRES.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el Tribunal» o simplemente, «TEDH») ofrece sentencias y decisiones de inadmisión destacadas sobre cuestiones de gran actualidad que vale la pena

(*) Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto «La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función (PID2020-115714GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación». El autor forma parte de los Grupos de Investigación UCM «931089 Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa» y «970825 Globalización y Derecho Administrativo Global» y es miembro del Instituto Complutense de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR).

conocer. En esta Crónica doy cuenta de algunas de ellas. Se refieren a las relaciones de sujeción general como, por ejemplo, el alcance de las potestades expropiatorias de la Administración (Decisión de inadmisión *Ćedomir BELJIĆ c. Serbia y Miroslav MILINKOVIĆ y Otros c. Serbia*, de 23 de enero de 2024), la protección de la seguridad colectiva frente al enaltecimiento y la apología del terrorismo (Sentencia *U. c. Francia*, de 15 de febrero de 2024 y Decisión de inadmisión *Frank CHRISTMANN c. Francia*, de 13 de enero de 2024) o las normas para concurrir en procesos electorales (Sentencia *Ždanoka c. Letonia*, de 25 de julio de 2024). Asimismo, se reflejan las potestades de la Administración y los derechos de los administrados en las relaciones de sujeción especial en el contexto penitenciario (Sentencias *Miranda Magro c. Portugal*, de 9 de enero de 2024 y *Spišák c. la República Checa*, de 20 de junio de 2024), en el marco de los centros de educación pública, de manera que las fotos privadas mostradas en las redes sociales no deberían condicionar el empleo público de una profesora (Sentencia *A.K. c. Rusia*, de 7 de mayo de 2024), entre otras cuestiones de interés destacado, como la restricción del derecho a una compensación en los casos de responsabilidad de la Administración de Justicia (Sentencia *Nealon y Hallam c. el Reino Unido*, de 11 de junio de 2024). Comenzaré con la referencia a la novedosa sentencia *Boškočević c. Serbia*, de 5 de marzo de 2024, en la que el TEDH censura las actuaciones de los agentes del Estado por coaccionar al demandante para impedir que acudiera ante el TEDH para defender sus derechos.

II. DERECHO DE ACCESO AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En la sentencia recaída en el caso *Boškočević c. Serbia*, de 5 de marzo de 2024, el demandante es un empleado público del Parque Nacional de las Montañas de Šar de Kosovo. Acude ante el TEDH quejándose de la inejecución de una sentencia favorable que obtuvo en virtud de la cual la Administración debía reembolsarle salarios impagados. Poco después de interponer el recurso ante el TEDH, su director general le envió una carta de advertencia indicándole que había incumplido sus obligaciones por lo que se arriesgaba a ser despedido. Alega una violación de los arts. 6 y 34 CEDH.

En relación con el art. 6 CEDH, el TEDH observa que el demandante no ha agotado las vías de recurso interno para exigir la ejecución de la sentencia. En el caso de no prosperar disponía del recurso ante el TC.

Por otro lado, la advertencia que el director general del parque nacional le notificó por escrito estaba revestida de un carácter oficial. El TEDH subraya que para que el mecanismo de la demanda individual previsto por el Convenio sea eficaz, es imperativo que los demandantes, declarados o potenciales, sean

libres de comunicarse sin que las autoridades les requieran de alguna manera a retirar sus recursos.

El demandante ha sido amenazado de despido por haber acudido ante el TEDH. Este tipo de comunicación, enfatiza el TEDH, constituye una forma de expresión e intimidación contraria al art. 34 CEDH, por lo que concluye que ha habido una violación de este precepto.

III. DERECHO A UN DESCANSO PACÍFICO: EXHUMACIÓN DE TUMBAS POR RAZONES DE INTERÉS GENERAL SIN SOLICITAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS FAMILIARES

En la Decisión de inadmisión recaída en el caso *Ćedomir BEUJIĆ c. Serbia y Miroslav MILINKOVIĆ y Otros c. Serbia*, de 23 de enero de 2024, la Administración expropió el asentamiento de Vreoci y un cementerio con 8.000 tumbas a petición de un complejo serbio de minería y fundición de carbón. En algunos casos expropió sin tener en cuenta el derecho a un descanso pacífico de los restos humanos durante al menos los diez años que según ellos la ley garantiza. Los demandantes son familiares de los difuntos enterrados en las parcelas afectadas.

Los demandantes denuncian una denegación de justicia y una violación del derecho de propiedad, en virtud de los arts. 6 y 8 CEDH y del art. 1 del protocolo nº 1. Dicen que ha habido irregularidades en el procedimiento expropiatorio y exhumaciones involuntarias sin su consentimiento y sin posibilidad de recurrirlas. Igualmente consideran que ha habido una violación de sus creencias y sentimientos espirituales por la manera en la que se ha llevado a cabo la expropiación y las exhumaciones (art. 9 CEDH).

El TEDH considera que el art. 8 CEDH es aplicable a los hechos acontecidos en este caso. La exhumación de los restos de los familiares de los demandantes a pesar de sus objeciones puede observarse como una interferencia en su esfera personal. Las decisiones de la exhumación y transferencia de los restos mortales de los familiares de los demandantes se basaba en la legislación interna. En concreto, en la Ley de entierros y cementerios, en la decisión del cierre del cementerio y en razones de transferencia del suelo. El TEDH, además, constata que el derecho interno no requiere el consentimiento de los usuarios de tumbas para la exhumación de los restos mortales y la reubicación de las tumbas. Tampoco se especifica quien puede pedir la exhumación, excepto en un contexto penal. Requiere de la mera voluntad los órganos competentes, que en este caso se ha obtenido.

El TEDH confirma que el derecho interno no establece un plazo de diez años para proceder a la exhumación y que esta decisión corresponde a las autoridades competentes, por lo que no observa ningún signo de arbitrariedad.

Los demandantes también dudan de la equidad del proceso. En este contexto, el TEDH examinará si la ley proporciona garantías adecuadas contra la arbitrariedad.

Aunque los órganos de primera y segunda instancia aparentemente no han dado audiencia a los demandantes, estos realizaron declaraciones acerca de la exhumación y la reubicación de las tumbas individuales y expresaron sus objeciones ante el órgano competente. Los demandantes igualmente tuvieron la oportunidad de plantear sus alegaciones por escrito en sus recursos administrativos y judiciales. En cualquier caso, las decisiones de primera y segunda instancia estaban sometidas al subsiguiente control del tribunal administrativo que tiene plena jurisdicción y que dio audiencia en todos sus casos. En la vía judicial interna se atendió a todas las alegaciones y dio respuesta adecuada a cada una de ellas, razonamientos que al TEDH no le parecen arbitrarios o irrazonables. El TEDH no observa indicios de que los tribunales internos no hayan actuado de manera imparcial.

El TEDH reconoce, por ello, que el derecho serbio contempla suficientes garantías contra la arbitrariedad en relación con las decisiones de las autoridades locales de ordenar la exhumación y reubicación de las tumbas.

A continuación, el TEDH analiza si la medida ha atendido a una finalidad legítima. Recuerda a este respecto que el segundo párrafo del art. 8 CEDH indica que el bienestar económico constituye una finalidad legítima. El interés de los demandantes de asegurar la santidad de las tumbas de sus familiares debe ponderarse con el interés de la sociedad en asegurar la estabilidad del suministro de energía eléctrica en el país. A modo de ver del TEDH, es un tema muy importante y sensible por lo que debe ofrecerse un amplio margen de apreciación a los Estado. También observa que hay circunstancias en las que la exhumación está justificada a pesar de la oposición de la familia. El TEDH subraya que, en base a la Estrategia del Parlamento serbio de desarrollo energético de 2005, se adoptó un decreto en 2007 que prevé que la totalidad del asentamiento, incluido el cementerio, debía ser reubicado con la finalidad de permitir la explotación de las reservas de carbón para proporcionar la electricidad necesaria para los hogares. Esta operación era necesaria ya que las reservas de carbón se estaban agotando y había un incremento del consumo de electricidad que debía satisfacerse urgentemente. No se pudo adoptar medidas menos restrictivas. El tribunal administrativo dijo a este respecto que la reubicación en cuestión tenía como finalidad asegurar la estabilidad del suministro de electricidad que considera una finalidad legítima. También examina en detalle la legalidad de la interferencia y la consideró legal. El TEDH resuelve en fin que las autoridades internas han actuado dentro del amplio margen de apreciación que se les ofrece en estas materias dado que han tenido en cuenta todas las circunstancias importantes y las han ponderado

cuidadosamente ofreciendo razones suficientes y relevantes para sostener su decisión. Por todo ello, inadmite.

El TEDH también inadmite en relación con las alegaciones de inseguridad jurídica (art. 6.1 CEDH). Uno de los demandantes habría alegado una divergencia jurisprudencial que solo se refiere a una sentencia que versaba sobre hechos también divergentes a los acontecidos en este caso.

En relación con las alegaciones en torno al art. 1 del protocolo nº 1, el TEDH observa que las tumbas no son de propiedad de los demandantes ni han sido objeto de transacciones legales. Aunque los usuarios formalmente reconocidos de las tumbas tenían que pagar para usarlas, no podían comprarlas. Los demandantes reconocen que la Administración les ha permitido celebrar entierros si bien no acreditan título de propiedad alguno ni expectativas legítimas al respecto. Por ello, no puede decirse que tengan una posesión en el sentido del art. 1 del protocolo nº 1 por lo que el TEDH inadmite por razón de la materia.

IV. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

1. Devolución de un ciudadano checheno por razones de seguridad

En la sentencia recaída en el caso *U. c. Francia*, de 15 de febrero de 2024, el demandante es un ciudadano ruso de origen checheno. Entró en Francia en septiembre de 2009. Solicitó asilo por motivos políticos. En noviembre de 2011 la oficina francesa para las personas refugiadas y sin estado denegó su solicitud de asilo. En mayo de 2012 el tribunal nacional de asilo le concedió estatus de refugiado. También se lo concedió a su esposa.

El demandante enalteció los atentados de París de 7 de enero de 2015, en los que fallecieron once empleados de la revista satírica Charlie Hebdo, y amenazó a la profesora y directora del colegio de su hijo. Fue condenado a ocho meses de prisión por amenazas graves e intimidación contra un empleado público en julio de 2015. El tribunal de apelación ratificó la condena e incrementó la pena a un año de prisión. También le impuso como sanción accesoria su expulsión permanente del territorio francés.

En abril de 2016 se revocó su estatus de refugiado ya que su permanencia en Francia suponía una amenaza grave para la seguridad nacional. La Administración tuvo en cuenta su agresividad. En concreto, las amenazas a la profesora y su apología del terrorismo.

En agosto de 2016 fue condenado por posesión ilícita de armas tipo D (pistolas, revólveres, escopetas y rifles de caza). Se ordenó su detención provisional el 7 de marzo de 2020 y el 9 de marzo del mismo año fue condenado

a tres meses de prisión por vulnerar los términos de la orden de residencia obligatoria. A su puesta en libertad, en abril de 2020, se ordenó su arresto domiciliario. Infringió los términos de la orden y fue nuevamente condenado a cinco años de prisión. En julio de 2020 el tribunal de apelación de Toulouse incrementó la condena a los nueve meses de prisión.

El demandante, en base al art. 3 CEDH, alega ante el TEDH que, si es expulsado a Rusia, será sometido a tratos inhumanos y degradantes. En base al art. 8 CEDH dice que el arresto domiciliario, así como otras medidas administrativas de control, le han privado de todo acceso a un empleo y han vulnerado su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

El TEDH constata que a pesar de los informes acerca de las graves violaciones de los derechos humanos en Chechenia, la situación general en el Norte del Cáucaso no es tal para concluir que la devolución del demandante a Rusia supondría una violación del art. 3 CEDH.

El TEDH tomará en consideración la situación personal demandante y, en concreto, la evaluación de los riesgos que alega que afrontaría si es devuelto a Rusia habiendo sido examinada por las autoridades administrativas y judicial en el contexto de la revisión de la implementación de la medida de expulsión. El demandante no ha proporcionado ninguna prueba de un riesgo real, presente y personal de tal naturaleza que impida su devolución.

La orden que especifica el país de destino se ha sometido a una revisión judicial en tres instancias de jurisdicción (en primera instancia, apelación y casación). Los tres recursos se han desestimado en base a razones suficientes.

El TEDH observa que el demandante no ha expuesto cuáles son las amenazas concretas que afrontaría si vuelve a Rusia. No ha demostrado de qué manera los hechos que justificaron la concesión del estatus de refugiado, su activismo a principios de siglo, le expondrían a día de hoy a un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes por las autoridades rusas.

En relación con las opiniones políticas que las autoridades rusas le podrían atribuir por su vinculación con un bloguero activista que fue asesinado, el demandante no proporciona información alguna que permita considerar que le puedan vincular con dicha persona. Además, el nombre del demandante no aparece en ninguna lista de personas buscadas por las autoridades rusas. En fin, el demandante no ha demostrado que corra un riesgo grave de violación de su derecho a la prohibición de la tortura si vuelve a Rusia, por lo que la expulsión efectiva del demandante no supondría una violación del art. 3 CEDH.

En relación con el art. 8 el TEDH, constata que no ha interpuesto los recursos contemplados en el ordenamiento interno ante el tribunal de apelación y finalmente ante el Consejo de Estado, por lo que inadmite.

2. Derechos de los presos y salud mental

En la sentencia *Miranda Magro c. Portugal*, de 9 de enero de 2024, el demandante fue declarado culpable por la comisión de delitos de lesiones, amenazas y acoso sexual. No obstante, se declaró su irresponsabilidad. El tribunal penal de Évora ordenó su ingreso en prisión preventiva en una institución psiquiátrica durante un máximo de tres años a condición de que se sometiera al tratamiento psiquiátrico necesario. El demandante no se presentó a algunas consultas mientras que en otras no hubo un especialista adecuado. Mientras tanto se le imputaron nuevos delitos graves. Las autoridades concluyeron que se encontraba en una situación de vulnerabilidad.

Como el demandante incumplió las condiciones de la condena aplicadas a su detención preventiva, el tribunal penal ordenó su internamiento. Debido a la falta de espacio en el hospital Julió de Matos de Lisboa fue internado temporalmente en el pabellón psiquiátrico del Hospital Penitenciario de Caixas, a la espera de su ingreso en un centro no penitenciario. El hermano del demandante impugnó la decisión de internarle en un centro penitenciario. Su demanda fue rechazada, aunque el TS subrayó el carácter temporal de su detención en dicho centro y la necesidad de trasladarle a un centro no penitenciario.

El demandante dice que en el centro penitenciario no ha recibido un tratamiento médico adecuado y que la medicación que se le suministró era excesivamente fuerte, lo que le ocasionó efectos secundarios duraderos. Señala que el centro penitenciario no era el establecimiento adecuado para tratar sus dificultades mentales por lo que su salud había empeorado. Fue trasladado a la clínica psiquiátrica de Sobral Cid de Coimbra ocho meses después.

El demandante invoca los artículos 3 (prohibición de los tratos inhumanos y degradantes), 4 (prohibición del trabajo forzado), 5 (derecho a la libertad y seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) todos ellos del CEDH. A su juicio ni el tratamiento médico que ha recibido ni la detención han sido adecuados a su estado de salud.

El TEDH tiene en cuenta que el Comité de Prevención de la Tortura ha dicho en sus informes que la deficiente atención a la salud mental es uno de los problemas estructurales del sistema penitenciario portugués. Los pacientes no disfrutan de un ambiente terapéutico adecuado. En lo que concierne al hospital penitenciario de Caixas, tiene vocación de acoger de manera temporal presos ordinarios que presentan problemas de salud mental. No está preparado para atender a pacientes de manera permanente.

El Gobierno no ha ofrecido un tratamiento personalizado para el demandante ni ha refutado sus alegaciones, que son coherentes. La naturaleza de la patología del demandante hace que sea más vulnerable que el detenido medio.

Su detención puede haber exacerbado en cierta medida el estrés, la angustia y el miedo que sentía. El hecho de que las autoridades no le hayan prestado asistencia ni los medios apropiados ha acuciado su estrés y ansiedad, por lo que se le ha expuesto sin necesidad a un riesgo a su salud. Por todo ello, el TEDH considera que ha habido una violación del art. 3 CEDH.

En relación con el art. 5 CEDH, el TEDH observa que el demandante ha permanecido durante unos meses en un centro penitenciario que no forma parte del sistema de salud. Recuerda que la retención de pacientes que tienen enfermedades mentales sin asegurarles un tratamiento suficiente y apropiado en el servicio psiquiátrico de prisiones ordinarias en lugar de ingresarles en establecimientos que tratan los problemas mentales no es compatible con la protección que el Convenio garantiza a estas personas. Juzga que los tratamientos básicos dispensados al demandante y el ambiente no ha sido apropiado a su situación.

La detención del interesado en un ambiente penitenciario ha agravado ciertamente su estado de confusión y de miedo. Por ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 5.1 CEDH. Por lo demás, el TEDH inadmite la demanda en relación con las alegaciones formuladas en base a los demás preceptos.

V. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ERROR JUDICIAL NO SIEMPRE ES INDEMNIZABLE

En la sentencia recaída en el caso *Nealon y Hallam c. el Reino Unido*, de 11 de junio de 2024, el primer demandante fue declarado culpable de tentativa de violación y condenado a prisión permanente con un mínimo de cumplimiento de siete años. En 2013 su condena fue anulada tras la realización de nuevos exámenes de la ropa que llevaba la víctima en la noche de la agresión que revelaron que el ADN era de un hombre desconocido. El sr. Nealon cumplió un total de 17 años y tres meses.

El segundo demandante, el sr. Hallam, fue condenado por asesinato, conspiración, lesiones y desórdenes públicos violentos en 2004. Sus condenas fueron anuladas tras la aparición de nuevas pruebas que cuestionaban algunas de las practicadas inicialmente que formaron parte del expediente incriminitorio. Cumplió siete años y siete meses.

Ambos demandantes, por tanto, solicitaron una indemnización por mal funcionamiento de la justicia. Sus solicitudes se examinaron a la luz del nuevo art. 133 de la Ley de justicia penal de 1998, modificado tras la sentencia de la Gran Sala *Allen c. el Reino Unido*, de 12 de julio de 2013. Este precepto contempla la indemnización si un nuevo hecho o un nuevo hecho descubierto muestra más allá de toda duda razonable que una persona no ha cometido los

delitos. Se consideró que los demandantes no pasaron este requisito por lo que sus solicitudes fueron rechazadas. En el caso del sr. Nealon no se consiguió identificar al autor mientras que en el segundo se presume la inocencia del acusado porque las pruebas posteriores cuestionan las posteriores, sin aclarar definitivamente la autoría de los delitos.

Ambos demandantes impugnaron judicialmente la decisión del ministro de justicia. Argumentaron que el nuevo requisito que contempla la ley es incompatible con el art. 6.2 CEDH (presunción de inocencia) porque les exige probar su inocencia con la finalidad de poder optar a la indemnización. Por tanto, solicitaron una declaración de incompatibilidad de dicho precepto en base al art. 4 de la *Human Rights Act*. Los recursos de los demandantes fueron desestimados.

En base al art. 6.2 del CEDH los demandantes consideran que se ha violado su presunción de inocencia.

El TEDH recuerda que el art. 6.2 CEDH garantiza el derecho a la presunción de inocencia hasta que se demuestra la culpabilidad de conformidad con la ley y actúa como una garantía procesal en el contexto del proceso penal. A lo largo del tiempo, sin embargo, el TEDH ha desarrollado un segundo aspecto que entra en juego una vez que el proceso penal ha concluido con la finalidad de proteger a las personas antes acusadas que han sido absueltas o en relación con las personas cuyos procesos penales se han suspendido. Estas personas son inocentes a los ojos del derecho y deben ser tratados como tales.

La Gran Sala confirmó que el segundo aspecto del art. 6.2 CEDH es aplicable a este caso.

Tras una revisión de su jurisprudencia en este tema, el TEDH considera que, en todos los casos, sin perjuicio de la naturaleza y de los procesos posteriores y de si el proceso penal ha concluido con la absolución o la suspensión, debe valorar si las decisiones y el razonamiento de los tribunales internos o de otras autoridades en los procesos posteriores, considerados en su conjunto, implican una imputación de responsabilidad penal al demandante. Para imputar responsabilidad penal a una persona debe reflejarse una opinión acerca de su culpabilidad.

En base al nuevo art. 133 de la Ley de 1998 el secretario de justicia debe decidir si el nuevo hecho descubierto que motiva la anulación de la condena muestra más allá de toda duda razonable que la persona no ha cometido el delito. La cuestión que debe responder el TEDH es la de si la denegación de la indemnización atribuía responsabilidad penal a los demandantes.

El TEDH observa que el requisito del artículo 133 de la Ley de 1998 exige que el secretario de justicia debe decidir en base a hechos nuevos o hechos nuevos descubiertos que muestren, más allá de toda duda razonable, que el

demandante no ha cometido el delito en cuestión. Por consiguiente, no puede decirse que la denegación de la indemnización por el secretario de justicia haya atribuido la culpabilidad penal a los demandantes, que sean culpables de la comisión del delito en cuestión, ni sugiere que el proceso penal se debió decidir de una manera diferente.

A este respecto, el TEDH subraya que el art. 6.2 CEDH, protege la inocencia ante la ley y no la presunción de inocencia como sugieren los demandantes. El art. 133 no obligaba al secretario de justicia a pronunciarse sobre la inocencia legal de un demandante. La denegación de una solicitud de indemnización en base a ese artículo no es incompatible con la inocencia de los demandantes con esta interpretación de la norma. Por ello, el TEDH considera que la denegación de la indemnización no ha vulnerado la presunción de inocencia en su segundo aspecto.

En esta tarea, reitera que el art. 6.2 CEDH no garantiza a una persona cuya condena penal ha sido anulada el derecho a una indemnización por error judicial. El Reino Unido, como el resto de los Estados contratantes, tiene libertad para definir el error judicial y establecer una política legítima en la que se determine qué casos, en los que ha habido una anulación de la pena, debe indemnizarse en la medida en que la denegación de la indemnización, insiste, por sí misma no implica culpabilidad penal.

Finalmente, el TEDH indica que no es insensible al impacto potencialmente destructivo que puede conllevar una condena errónea. Sin embargo, su papel no consiste en determinar la manera en la que los Estados deben trasladar en términos materiales la obligación moral que adquieren con las personas que han sido condenadas erróneamente, sino que se centra en determinar si ha habido una vulneración del artículo 6.2 del Convenio en base a los hechos acontecidos en los dos casos a la luz de un sistema de compensación establecido a nivel nacional que el TEDH no considera que se haya concebido ni se aplique restrictivamente. Por ello, considera que no ha habido una violación del art. 6.2 CEDH.

VI. NO HAY PENA SIN LEY: TENSIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA ENTRE CROACIA Y ESLOVENIA

En la sentencia recaída en el caso *Chelleri y Otros c. Croacia*, de 16 de mayo de 2024, Croacia y Eslovenia establecieron una frontera común tras su independencia de Yugoslavia en 1991. No llegaban a un acuerdo en relación con la Bahía de Piran, situada en la parte norte del Mar Adriático. Eslovenia defendía su soberanía sobre la totalidad de la Bahía para asegurar su acceso al Adriático en alta mar. Croacia reclamaba que la frontera marítima debía ser la línea equidistante entre las costas de los dos Estados.

En 2009 los Estados firmaron un acuerdo de arbitraje tras el cual Eslovenia levantó sus reservas al acceso de Croacia a la Unión Europea. En 2014 las autoridades croatas comenzaron a advertir embarcaciones pesqueras eslovenas en sus aguas territoriales por lo que les pidieron que las abandonaran. Debido a comunicaciones no oficiales entre el árbitro designado por Eslovenia y el agente del Estado ante el tribunal arbitral, en julio de 2015 Croacia se retiró del acuerdo de arbitraje. En 2016 el tribunal arbitral decidió que Croacia no tenía derecho a rescindir el acuerdo de arbitraje.

En 2017 el tribunal arbitral estableció la frontera marítima reconociendo tres partes de la Bahía a Eslovenia y el resto a Croacia indicando que la línea de en medio constituye la frontera de las aguas internas de los dos Estados. También estableció el curso de la frontera entre las aguas territoriales de los dos Estados y un corredor entre el mar territorial de Eslovenia y una zona más allá de las aguas territoriales de Croacia e Italia. Las autoridades croatas consideraron que este reconocimiento no afectaba a Croacia. Eslovenia llevó el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero este inadmitió por carencia de jurisdicción.

Los tres demandantes son pescadores. Fueron declarados culpables por la comisión de delitos menores por los tribunales croatas en relación con sus actividades en la disputada área marítima. Los delitos se refieren, entre otras cosas, a la entrada en el mar territorial croata sin cumplir con los procedimientos de fronteras y por pesca comercial sin un privilegio de pesca válido otorgado por Croacia.

En base al art. 7 CEDH los demandantes dicen que las acciones y omisiones por los que han sido condenados no han ocurrido en el territorio de Croacia por lo que el ordenamiento de este país no es aplicable.

El TEDH comienza su argumentación subrayando que los delitos menores por los que los demandantes han sido condenados tenían un carácter penal por lo que el art. 7 es aplicable. El recurso de los demandantes se basa en la frontera marítima establecida entre Croacia y Eslovenia en 2017 por el reconocimiento arbitral. Los demandantes implícitamente buscan una decisión en la que se indique que Croacia ha vulnerado el derecho internacional y el Convenio al no observar la frontera establecida en este reconocimiento. A este respecto, el TEDH reitera que el Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta el derecho internacional cuando sea posible. Sin embargo, la tarea del TEDH no es revisar el cumplimiento de los instrumentos internacionales sino el Convenio.

Constata que Croacia se ha retirado de los procedimientos de arbitraje y no ha contestado el reconocimiento arbitral. También observa que el reconocimiento arbitral no ha tenido eficacia en Croacia. El TEDH no debe decidir acerca de la validez de la retirada de Croacia o la validez y efectos lega-

les del reconocimiento arbitral ya que estas cuestiones quedan fuera de su competencia.

El TEDH percibe que la extensión de las aguas marítimas de Croacia está definida por el derecho de Croacia con la frontera marítima en la Bahía de Piran siendo la línea equidistante. Los demandantes podían prever las consecuencias legales de su conducta en las aguas disputadas como fueron delimitadas por Croacia. Esto se apoya en la disputa entre los dos Estados que es conocida ampliamente, el hecho de que muchas infracciones menores se han establecido y las autoridades croatas han advertido a los pescadores eslovenos desde 2014. Por todo ello, el TEDH inadmite.

VII. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

1. Las fotos de una profesora colgadas en las redes sociales forman parte de su vida privada y no deberían afectar a su empleo público

En la sentencia recaída en el caso *A.K. c. Rusia*, de 7 de mayo de 2024, el TEDH conoce de un importante asunto en el que resuelve que la intimidad mostrada en redes sociales no es incompatible con el empleo público de una profesora.

La demandante es una profesora de música de una escuela pública para niños con necesidades especiales de San Petersburgo. Fue citada a una reunión en la que se le informó de la existencia de un dossier sobre su vida privada preparado por la organización no gubernamental *Poðumeñu Poccuu* (Padres de Rusia). El dossier fue elaborado a partir de material obtenido en las redes sociales. Incluía imágenes, fotos de la demandante besando a otras mujeres y levantando su dedo medio a la cámara. Debido a su «propaganda de la orientación sexual no tradicional» y a su desacreditada vocación de profesora se le requirió a que renunciara a su empleo. Ella se negó.

La demandante alegó ante la escuela, entre otros argumentos, que no había tenido quejas anteriores en relación con su conducta. Fue despedida el mismo día por «actos inmorales incompatibles con la permanencia en las actividades educativas». Impugnó ante los tribunales sin éxito. El tribunal de distrito de San Petersburgo dijo que una persona que participa en actividades inmorales no es apto para educar a niños.

Agotada la vía interna, la demandante acude ante el TEDH alegando una violación de los arts. 8 y 14 CEDH razonando que fue despedida por su orientación sexual.

El TEDH establece que tiene competencia para conocer del caso ya que los hechos acontecidos han tenido lugar antes del 16 de septiembre de 2022, la fecha en la que Rusia ha dejado de ser Parte del Convenio Europeo.

El despido de la demandante ha interferido en su derecho al respeto de su vida privada. Habrá que determinar si la medida ha sido proporcionada y si ha habido discriminación.

El TEDH considera que el despido en base a fotos que no son obscenas ha sido groseramente desproporcionado para atender a la finalidad de protección de la moral. Subraya que la orientación sexual individual no puede quedar aislada de las expresiones privadas y públicas de un individuo en base al art. 8 CEDH. La publicación de fotos mostrando intimidad con sus parejas mientras viaja o en fiestas es un elemento básico, habitual y normalizado en las redes sociales. La reacción hostil del empleador hacia la demandante al comportarse así se ha debido a la no aceptación de su sexualidad. Su despido del puesto de trabajo ha constituido una interferencia desproporcionada en su derecho al respeto a la vida privada basado exclusivamente en su orientación sexual. Por todo ello, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 8 CEDH tenido en consideración de manera aislada y juntamente con el art. 14 CEDH.

2. Régimen de conservación y almacenamiento de datos. Límites a la retención de datos de telecomunicación

En la sentencia recaída en el caso *Škoberne c. Eslovenia*, de 15 de febrero de 2024, el demandante, un antiguo juez de tribunal de distrito, fue detenido en el marco de una operación de infiltración, acusado de haber aceptado, a cambio de sobornos, intervenir en un procedimiento contra E.C. por fraude y otros delitos vinculados a la prostitución. Otras personas, E.R. y M.S., también fueron detenidas en la consideración de que habían actuado como intermediarias.

El proceso contra el demandante y los dos coacusados, E.R. y M.S. comenzó en febrero de 2013. Sin embargo, tras haber reconocido su culpabilidad, los procesos entablados contra ellos fueron desligados del referido al demandante. El 16 de diciembre de 2013 E.R. y M.S. fueron declarados culpables de haber colaborado en la corrupción de un funcionario. Fueron condenados a dos penas de prisión suspendidas, así como al pago de multas.

En el marco del procedimiento separado que fue entablado contra el demandante, declaró en su defensa que conoció a E.C., E.R. así como a su amigo M.S. y que les dio explicaciones de orden jurídico pero que no se trató de una cuestión de dinero. Afirmó que M.S. le dio 8.000 euros a título de devolución de un préstamo.

El 23 de diciembre de 2013 el tribunal de primera instancia declaró la culpabilidad del demandante por haber aceptado sobornos y haber prometido a cambio de encargarse del procedimiento dirigido contra E. C., de poner fin a las investigaciones en su contra y de realizar ciertos actos tendentes a su puesta en libertad y los mandatos de sentencia dictados a su respecto.

Fundó la condena del demandante en las declaraciones que E. C. realizó a la policía que fueron corroboradas por las realizadas por M.S. en el curso de la investigación. Entre los elementos de prueba producidos por el fiscal figuran igualmente los datos relativos al tráfico y datos de localización de las telecomunicaciones del interesado que fueron proporcionados por prestatarios de servicios de telecomunicación y analizados por la policía.

El demandante perdió todos los recursos interpuestos contra la sentencia que declaraba su condena, incluidos los planteados ante el TS y el TC.

El demandante sostiene que se le privó de la posibilidad de interrogar a E.R. y M.S. ante los tribunales. Además, razona que el hecho de que la jueza de primera instancia no se inhibiera pese a haber aceptado la admisión de la culpabilidad de los acusados suscitó dudas sobre su imparcialidad.

Las jurisdicciones superiores confirmaron el conjunto de las decisiones dictadas por las jurisdicciones inferiores. Consideraron en particular que su condena no había devenido todavía definitiva por lo que E.R. y M.S. no podían ser interrogados en calidad de testigos en el marco del procedimiento dirigido contra el demandante.

El demandante dice que la jurisdicción de primera instancia se ha apoyado, para condenarle, en datos recogidos por prestatarios de servicios de comunicación electrónica que en el momento en el que se produjeron los hechos podían conservarse durante 14 meses.

Esta alegación fue rechazada por los tribunales. Constataron, en concreto, que los datos en cuestión fueron consultados antes de que el régimen de conservación de datos fuera declarado inválido por el TC en 2014 y que los requerimientos judiciales que autorizaban su consulta se basaban en sospechas de la comisión de un delito grave.

En base al art. 6 (derecho a un proceso equitativo) y el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) el demandante impugna la decisión de las jurisdicciones internas de denegación de la solicitud de interrogar a dos testigos. Considera además que la jueza que ha conocido sobre el fondo ha sido parcial ya que estuvo implicado en el proceso dirigido contra dichos testigos. También se queja de la conservación de los datos de telecomunicación.

El TEDH observa, en primer lugar, que no existe ninguna razón para cuestionar las órdenes judiciales obtenidas por la policía relativas a los datos de tráfico de telecomunicaciones y de localización del demandante. El TEDH considera que el núcleo del problema es el contexto general. En concreto, la ley eslovena sobre la conservación de los datos que estaba en vigor en la época en la que se produjeron los hechos.

Esta ley imponía a los proveedores de servicios de comunicación electrónica la obligación de conservar los datos de comunicación relativos a los

teléfonos fijos y móviles durante 14 meses por razones de interés público. La conservación de los datos de telecomunicación del demandante se sostenía en una base legal suficientemente clara.

Por otro lado, la injerencia litigiosa perseguía los fines legítimos de la prevención de las infracciones y la protección de los derechos y libertades de los demás.

El TEDH comprueba, en segundo lugar, que toda persona física o moral que recurra a los servicios ofrecidos por los proveedores de servicios de telecomunicación en Eslovenia en el momento en el que se produjeron los hechos podía entender que los datos serían conservados. Esta injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada era muy grave, por lo que el TEDH debe proceder a un control más riguroso en el marco de su examen del asunto en particular para saber si la ley preveía las garantías y los criterios necesarios para evitar los abusos y asegurar la proporcionalidad de la medida en causa.

La normativa vigente no contenía disposición alguna que definiera el alcance y el ámbito de aplicación de dicha medida. No se puede considerar que tal conservación sistemática, generalizada e indiferenciada de los datos de comunicación fuera necesaria en una sociedad democrática. Por tanto, la consulta y el régimen de conservación de los datos no fue conforme a las obligaciones del Estado exigibles en base al art. 8 CEDH. Para arribar a esta conclusión el TEDH se apoya en las sentencias del TC y del TJUE, dictadas en 2014, que concluyeron que el régimen de conservación de los datos en cuestión suponía una vulneración del derecho de los usuarios al respeto de sus vidas privadas.

El demandante no obtuvo la protección jurídica reconocida por el Convenio. En su conjunto, la conservación, consulta y tratamiento que se ha hecho de los datos de telecomunicación en el momento de la condena del demandante fueron contrarios al art. 8 del Convenio.

En relación con el art. 6 el TEDH observa que la condena del demandante se fundó en gran medida en conversaciones que tuvo con M.S. y E.R. las cuales jugaron un papel crucial en los hechos de corrupción alegados por el interesado. Estima que la pretensión del demandante de que comparecieran en calidad de testigos estaba suficientemente fundada y era pertinente. Las autoridades nacionales no han justificado la denegación de dicha comparecencia. Al TEDH no le convence la alegación de que no podían ser escuchadas ya que la sentencia dictada contra ellos todavía era susceptible de apelación. La jueza debía saber que el plazo del que disponían M.S. y E.R. para recurrir era de únicamente ocho horas y pudo haber aplazado la audiencia hasta la expiración del mismo.

En lo que concierne a la equidad global del proceso el TEDH subraya que los testimonios de M.S. y E.R. podían considerarse importantes dado que eran

los únicos que podían confirmar o negar la versión de los hechos avanzada en sus medios de defensa.

El proceso llevado a cabo ante la jurisdicción que ha conocido sobre el fondo ha sido inequitativo porque el demandante ha sido privado de obtener la comparecencia efectiva de los testigos y de apoyarse en sus testimonios para defender su causa. Las jurisdicciones superiores que han examinado el asunto no han corregido estos fallos. Por tanto, el TEDH concluye que ha habido una violación del art. 6.1 y 3.d) del Convenio.

A la luz de esta conclusión, el TEDH considera que no ha lugar a examinar el fondo de la alegación relativa a la presunta parcialidad de la jueza que ha conocido sobre el fondo que el demandante formula en base al art. 6.1 CEDH.

VIII. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. Libertad de expresión en el entorno laboral. Proporcionalidad de la sanción

La sentencia recaída en el caso *Dede c. Turquía*, de 20 de febrero de 2024, se refiere al despido de un empleado de banca por haber enviado un correo electrónico al personal del departamento de recursos humanos de su empresa criticando los métodos de gestión de un alto directivo. El empresario consideró que el envío del correo electrónico había perturbado el orden y la tranquilidad del lugar de trabajo.

El TEDH declara que los órganos jurisdiccionales nacionales no llevaron a cabo un examen suficientemente minucioso del contenido del correo electrónico controvertido en el que el demandante denunciaba las supuestas disfunciones en la gestión de la empresa. En particular, no trataron de determinar si el correo electrónico del demandante había perturbado el buen ambiente de trabajo o había repercutido negativamente en el empresario. A este respecto, el TEDH señala que las críticas que el demandante expresó en el correo electrónico eran de interés para la empresa afectada, y que el correo había sido enviado internamente, a un grupo restringido de destinatarios dentro de la empresa. Señala asimismo que los tribunales nacionales aprobaron la decisión del empresario de imponer la sanción máxima sin considerar la posibilidad de imponer una sanción más leve.

El TEDH concluye que las autoridades nacionales no han demostrado de una manera convincente en sus razonamientos que la desestimación del recurso del demandante se haya fundado en un justo equilibrio entre el derecho del interesado a la libertad de expresión y el derecho de su empleador a proteger sus intereses legítimos. Por tanto, ha habido una violación del art. 10 CEDH.

2. La condena penal por la acusación sin pruebas de delitos de acoso sexual y psicológico es desproporcionada

En la sentencia recaída en el caso *Allée c. Francia*, de 18 de enero de 2024, la demandante, la Sra. Vanessa Allée, fue condenada por la comisión de un delito de difamación pública al acusar al director ejecutivo de la asociación sin ánimo de lucro en la que trabajaba de un delito de acoso y agresión sexual. Transmisió sus acusaciones por correo electrónico a seis personas de dentro y fuera de la asociación.

El TEDH subraya la necesidad, en base al art. 10 CEDH, de proporcionar una protección adecuada a las personas que alegan que han sido objeto de acoso sexual o psicológico. En este caso, el TEDH consideró que se ha impuesto una carga excesiva a la demandante, al exigirle que proporcionara pruebas de los hechos que alegó. El TEDH también observa que el correo electrónico, enviado a seis personas de las que una de ellas solo era una persona ajena a la asociación, ha tenido un impacto menor en la reputación del presunto acosador.

Finalmente, aunque la sanción impuesta a la demandante no puede considerarse especialmente grave —una multa suspendida de 1.000 euros y la condena a pagar la cantidad simbólica de un euro al presunto acosador, la cantidad que este había pedido—, tiene carácter penal. Por su naturaleza, puede tener un efecto disuasorio ya que puede desanimar a los demás a informar de estas actitudes graves relacionadas con el acoso sexual y psicológico e incluso las agresiones sexuales.

Por todo ello, el TEDH concluye que no ha habido una relación razonable de proporcionalidad entre la restricción del derecho a la libertad de expresión de la demandante y la finalidad legítima perseguida, por lo que ha habido una violación del art. 10 CEDH.

3. La reputación de un despacho de abogados, ¿constituye un fin legítimo que justifica la limitación de la libertad de expresión sobre cuestiones de interés general?

En la sentencia recaída en el caso *Almeida Arroja c. Portugal*, de 19 de marzo de 2024, el demandante fue condenado por un delito de difamación agravada y ofensa a una persona jurídica por dar a entender en un programa de la televisión portuguesa *Porto Canal* que el dictamen jurídico favorable a un hospital público, emitido por el despacho de abogados cuyo director es un eurodiputado muy conocido, se dictó en base a intereses políticos.

El demandante dice que la condena ha supuesto una violación de su libertad de expresión (art. 10 CEDH).

La restricción de la libertad de expresión del demandante perseguía el discutible fin legítimo, apunta el TEDH, de la protección de la reputación del despacho de abogados C. y de P.R. en el sentido del art. 10.2 del Convenio.

En relación con la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, el TEDH estima que el debate sobre las obras de construcción del hospital es de interés general. Pone de relieve que P.R. es muy conocido y que C. es un despacho de abogados renombrado.

El TEDH considera que las críticas del demandante, basadas en suposiciones y posibles intenciones, no se fundamentan en declaraciones de hechos, sino en juicios de valor. Resalta que las declaraciones no han tenido una amplia difusión, ya que la audiencia televisiva de *Porto Canal* es relativamente pequeña.

La declaración de culpabilidad pronunciada contra el demandante fue manifiestamente desproporcionada. Los daños y perjuicios a los que el demandante ha sido condenado a pagar, 5.000 euros al despacho de abogados C. y 10.000 euros a P.R., fueron manifiestamente desproporcionados. El TEDH no puede admitir que dichas cantidades justifiquen la vulneración de la reputación de un despacho de abogados. Dichas sanciones tienen un claro efecto disuasorio en la libertad de expresión.

En su conjunto, las jurisdicciones nacionales no han ponderado los derechos e intereses en juego conforme a la jurisprudencia del TEDH. La vulneración de los derechos del demandante no se fundamenta en motivos pertinentes y suficientes y se le ha otorgado un peso desproporcionado a la reputación de P.R. y del despacho de abogados de C. Por tanto, las jurisdicciones nacionales han sobrepasado el margen de apreciación del que disfrutan, lo que supone una violación del art. 10 del Convenio.

4. Apología del terrorismo

En la Decisión de inadmisión *Frank CHRISTMANN c. Francia*, de 13 de enero de 2024, el demandante es un profesor universitario alemán, Doctor en Filosofía. Fue condenado a dos años de prisión y a una prohibición de entrada en Francia de diez años por apología del terrorismo y amenazas de muerte.

El demandante era administrador de un blog en lengua inglesa. Envío correos electrónicos masivos para promover entradas al mismo.

En sus escritos lanzó una serie de ataques contra diversas personas que no gozan de su simpatía como un sacerdote y antiguo administrador del edificio en el que vivía, un abogado de Niza, el director de la empresa que había despedido a su mujer, un juez de instrucción de Niza, un fiscal de Niza, el alcalde de Niza y un policía. La Iglesia Católica constituiría uno de los focos principales a los que dirigía su apología del terrorismo.

El demandante dice, en base al art. 10 CEDH, que su condena no tenía una base legal suficientemente previsible y que fue desproporcionada. Además, sostiene que la interdicción de entrada al territorio francés fue arbitraria y desproporcionada e invoca el art. 8 CEDH.

El TEDH observa que los términos empleados por el demandante son claros y no dejan nada a la interpretación. Además, el TEDH enfatiza que la apología del terrorismo disfrazada de aparentes reflexiones filosóficas es tan peligrosa como un ataque frontal y abrupto a los valores protegidos por el Convenio.

En relación con el contexto, el TEDH observa que las expresiones litigiosas se han difundido cuando Francia estaba envuelta en una oleada de atentados terroristas. El 14 de julio de 2016, el Día Nacional de Francia, un terrorista arrojó a una multitud de personas con un camión de gran tonelaje en el Paseo Marítimo de Niza. Por su parte, una pareja de policías fue asesinada en su domicilio de Magnanville el 13 de junio de 2016 mientras que un cura fue degollado en la iglesia de Saint Etienne du Rouvray el 26 de julio de 2016. A la luz de estos hechos, las jurisdicciones internas han considerado que dando publicidad a la apología del terrorismo señalando a diferentes personas locales concretas y específicas, el demandante pudo llamar la atención de personas susceptibles de pasar a la acción. El TEDH recuerda que las expresiones litigiosas se han publicado en un blog de acceso libre en línea que el demandante promocionaba.

El TEDH censura que el demandante ha intentado desviar el derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 10 CEDH de su finalidad real mediante un uso manifiestamente contrario a los valores del Convenio. Por ello, en virtud del art. 17 (prohibición del abuso de derecho), el TEDH concluye que las expresiones del demandante no se pueden beneficiar de la protección del art. 10 CEDH, por lo que inadmite la demanda.

IX. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

En la sentencia *Spišák c. la República Checa*, de 20 de junio de 2024, el demandante fue acusado por la comisión de delitos de robo, tentativa de homicidio, entre otros. Fue detenido provisionalmente por riesgo de reincidencia. En esa fecha no había alcanzado la mayoría de edad. Impugnó dicha decisión sin éxito.

El código del proceso penal contempla que la prisión provisional se revisará a los tres meses en el caso de los mayores de edad, mientras que, en el caso de los menores, a los seis meses. El demandante solicitó la revisión a los tres meses. Sin embargo, los recursos que presentó fueron desestimados por lo que continuó en prisión, situación que se prolongó una vez que fue condenado.

El TC anuló algunas de las decisiones de la prisión provisional y confirmó otras, pero ello no tuvo ningún efecto ya que el demandante ya no se encontraba en prisión provisional y estaba cumpliendo su pena.

En base a los arts. 5 (derecho a la libertad y seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 14 (prohibición de la discriminación) el demandante se queja de su mantenimiento en prisión y de que su prisión provisional no se ha revisado cada tres meses, revisión que se contempla para las personas mayores de edad.

El principal problema que presenta este caso es el hecho de que los menores no tienen derecho a un control periódico y automático por el juez de prisión provisional cada tres meses que está garantizado a los detenidos mayores de edad. El TEDH considera que ello debe analizarse como una diferencia de trato asimilable a una discriminación fundada en la edad. El TEDH, por tanto, examina el asunto bajo el ángulo del art. 14 en relación con el 5 CEDH.

El TEDH recuerda que la prisión provisional de los menores solo debe servir como último recurso y debe ser lo más breve posible. El control periódico de la legalidad de la detención por un tribunal puede contribuir a garantizar el respeto de las exigencias del art. 5.4 CEDH, que dispone que «Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal». Por otro lado, incumbe al Estado velar por que la permanencia del menor en situación de detención se revise en intervalos breves de tiempo y que sea visto por un tribunal de manera regular, lo que puede constituir una garantía importante contra los malos tratos.

Aunque la jurisprudencia del TEDH no obliga a los Estados a establecer un sistema automático de control de la detención provisional, todo sistema que establezcan debe ser conforme al art. 14 CEDH. La cuestión que debe determinarse es la de si el Gobierno ha justificado con motivos razonables el plazo de seis meses para el control aplicable a los detenidos menores como el demandante bien que el plazo de control automático para los adultos es de tres meses, como sabemos. Observa que la diferencia de trato establecida por la ley debe tener en cuenta las especificidades y la vulnerabilidad particular de los menores. La ley aplicable a este caso no cumple este aspecto. Además, el TEDH cerciora que la ley obvia que un preso, independientemente de su edad, tiene derecho a solicitar la revisión judicial de su detención. En fin, el TEDH concluye que la diferencia de trato entre personas detenidas mayores y menores no está justificada por lo que concluye que ha habido una violación del art. 14 combinado con el 5 CEDH.

X. DERECHO A ELECCIONES LIBRES

En la sentencia recaída en el caso *Ždanoka c. Letonia*, de 25 de julio de 2024, la candidatura de la demandante por la formación Unión de Rusos de Letonia fue excluida de la lista de candidatos a las elecciones parlamentarias de 2018 porque participó activamente en el Partido Comunista de Letonia en los conflictos posteriores a la separación de Letonia de la Unión Soviética. La demandante tampoco pudo presentarse a las elecciones parlamentarias de 1998 y 2002 por las mismas razones que el TEDH, en su sentencia de 16 de marzo de 2006, decidida en Gran Sala, entendió que no fueran arbitrarias ni desproporcionadas.

La demandante considera que su exclusión a las elecciones parlamentarias constituye una vulneración de los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de asamblea y asociación) 17 (prohibición del abuso de derecho) y 3 del protocolo nº 1 al Convenio.

El TEDH decidirá en relación con el artículo 3 del protocolo nº 1, en base al principio de que la ley especial desplaza a la general.

El TEDH coincide con la Gran Sala en el asunto *Ždanoka* (1) en que los objetivos de la restricción relativos a la protección de la independencia del Estado, el orden democrático y la seguridad nacional, son legítimos.

En relación con la proporcionalidad de la medida, el TEDH reitera, en línea con los razonamientos de la Gran Sala en el asunto anterior, que la finalidad principal de la restricción no consistía en castigar, sino en proteger la integridad del proceso democrático; que la conducta reciente de la demandante era irrelevante, que lo que contaba era su conducta durante las revueltas para mantener la independencia contra las amenazas soviéticas; que no ha hecho ningún intento para distanciarse de la posición antidemocrática del Partido Comunista de Letonia durante la era soviética; y que había disfrutado de un proceso independiente, contradictorio en el examen de su caso por las autoridades internas y no había refutado las pruebas habidas contra ella.

El TEDH también tiene en cuenta que Letonia es vecina de la Federación Rusa, un Estado que ha invadido recientemente y controlados partes de Georgia y Ucrania. Si bien el TEDH podría considerar en una situación de estabilidad la denegación del levantamiento de la restricción, no puede llegar a tal conclusión en un contexto específico y sensible como el actual. La restricción, por consiguiente, debe evaluarse a la luz del margen de apreciación amplio del que dispone Letonia en esta materia. Como la medida se basa en una gran deslealtad cívica y amenaza a los valores protegidos, el TEDH no considera que sea arbitraria ni irrazonable.

La restricción no se debió a una discrepancia con el Gobierno, como argumentó la demandante en su defensa. De hecho, ha podido participar activamente en política, incluso como eurodiputada.

El TEDH señala que la base jurídica de la restricción en cuestión había sido acotada por el TC y aplicada consecuentemente por la Comisión electoral central. En fin, el TEDH observa que las autoridades internas no han sobre pasado su margen de apreciación, por lo que no ha habido una violación del art. 3 del protocolo nº 1.

CRÓNICAS

EDUCACIÓN NEOGRANADINA PARA LA PAZ^(*)

JAVIER ALBERTO AYALA AMAYA

Mayor General (R)

Rector de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia

Es un gran honor para mí estar hoy en una institución de tan larga y distinguida tradición académica como lo es la Universidad de Zaragoza, reconocida no solo por su recorrido que abarca varios siglos de historia, sino por su excelencia en la investigación y desarrollo en diversas disciplinas, así como por su compromiso con la sostenibilidad y los programas de intercambio internacional.

Agradezco profundamente la oportunidad de permitirme compartir con todos ustedes, en estas VIII Jornadas del Constitucionalismo de la Paz, nuestra experiencia como Universidad Militar Nueva Granada en términos de contribuir desde el ámbito académico a la construcción de paz en Colombia y a la generación de un medio adecuado donde nuestras generaciones puedan vivir y desarrollarse plenamente.

En esta intervención precisaré *grossó modo* algunas cuestiones sobre la Universidad Militar Nueva Granada, especialmente en lo tocante a sus orígenes y misión educativa, para luego adentrarme en el tema que nos convoca en este escenario y contarles sobre la importancia que tiene para la comunidad neogranadina la educación para la paz y los programas y actividades que estamos desarrollando en torno a ello.

* * *

La Universidad Militar Nueva Granada, que hace dos meses cumplió cuarenta y dos años de existencia formal, tiene sus orígenes en 1962, con la extensión de los cursos ofrecidos por la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova. Lo que abrió paso para que quienes se estaban formando allí como oficiales del Ejército Nacional tuvieran acceso a un ciclo de estudios técnicos superiores en las carreras de Ingeniería, Economía y Derecho Internacional y Diplomacia.

(*) Texto de la conferencia dictada en las VIII Jornadas del Constitucionalismo de la Paz (Universidad de Zaragoza, 19/09/2024). Producto del Proyecto de Investigación INV DER 3762, «Certificación de comunidades constructoras de paz. Diseño de un modelo», financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, vigencia 2022. En convenio con las universidades de Zaragoza y de Valencia, España.

Iniciando la década de 1980, aquella primera iniciativa logró convertirse en el Centro Universitario Militar Nueva Granada pudiendo ofrecer los programas en forma completa hasta su culminación, incluyendo la carrera de Medicina y Ciencias de la Salud, a integrantes activos y retirados de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, sus familiares y al personal civil que laboraba de planta en el Ministerio de Defensa Nacional.

Dos años después, el Centro Universitario fue reconocido como Universidad, dado que cumplía con los requisitos jurídicos y administrativos que se exigían para ser una institución de educación superior en Colombia. Hoy, la Universidad Militar Nueva Granada es un ente universitario autónomo del orden nacional, con régimen orgánico especial, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, cuya oferta educativa se ha extendido a la población civil.

Desde el inicio y hasta la actualidad, nuestra misión se ha mantenido en el tiempo: formar profesionales mediante el fomento y la difusión de la ciencia, la tecnología y la investigación científica, contribuir a aumentar las posibilidades de acceso a la educación, garantizar el derecho a la educación de un mayor número de colombianos y propiciar el estudio y solución de problemáticas nacionales.

* * *

Precisamente, uno de los problemas más críticos que ha experimentado Colombia durante varias décadas es el conflicto armado interno. Las consecuencias de este evento han sido devastadoras para el país, en especial porque aparece como un suceso permanente en el tiempo que se encuentra acompañado de la ocurrencia de un sinnúmero de graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario.

A medida que el conflicto armado interno en Colombia ha transcurrido se han ido originando distintas dinámicas como parte de su evolución y, junto a ellas, un significativo cúmulo de violencias que han impactado en la ciudadanía. Como quiera que sea el hecho de la guerra ha provocado la división de la sociedad, la fractura de la vida en comunidad y el rompimiento de las relaciones que mantienen los lazos de unidad entre los grupos sociales.

Los efectos del conflicto armado interno en el país también han impactado en el desarrollo económico de la sociedad reduciendo la inversión, provocando daños en la infraestructura crítica de la nación, disminuyendo los niveles de ahorro, desmejorando las oportunidades en el mercado laboral y mermando los ingresos, entre otras acciones. Asimismo, han ocasionado el deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales con que cuenta Colombia.

Sin duda, todos estos factores han acentuado las desigualdades entre los colombianos y han abierto cada vez más las brechas existentes. En este sen-

tido, el conflicto armado interno ha limitado las posibilidades de las personas para acceder a unas condiciones que les permitan tener una buena calidad de vida. Esto implica tener cubiertas las necesidades básicas para que cualquier ser humano tenga una vida digna, pueda desarrollarse libremente y goce de una paz estable.

* * *

Nuestra labor como institución educativa universitaria no puede ser ajena a las problemáticas del país. Como ya lo mencioné, la Universidad Militar Nueva Granada tiene en su misión el compromiso de contribuir a dar solución a aquellas situaciones o circunstancias que afectan la nación colombiana. Por supuesto, la existencia de un conflicto armado interno pone sobre la mesa la imperiosa y urgente necesidad de ayudar a la búsqueda de la paz.

En la Universidad Militar Nueva Granada creemos que la educación es una herramienta esencial, quizá una de las más importantes para la construcción y generación de paz. Desde esta perspectiva es necesario que adoptemos acciones que no se limiten en exclusiva al ámbito académico, sino que vayan más allá de este, asumiendo un papel fundamental dentro de los procesos de construcción de paz en el país.

En este contexto hemos comprendido que no podemos permanecer aislados del medio y de la realidad que nos rodea dedicándonos únicamente a la labor educativa. Para nosotros es imposible desconocer lo que ocurre a nuestro alrededor y, por ello, tenemos un enorme compromiso social con el país, que nos exige entrar en contacto con la sociedad desde el conocimiento aplicado a la solución de los problemas existentes.

Pensamos que, como universidad, tenemos un papel como agente de cambio y disponemos de las condiciones y capacidades para llevar a cabo una serie de tareas relacionadas con la generación y construcción de paz. Conscientes de la responsabilidad que tenemos con el país hemos querido poner el conocimiento y la investigación a disposición de la paz, del desarrollo, de la convivencia y del respeto y la garantía de los derechos humanos.

* * *

De acuerdo con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en su artículo 26, inciso 2, la educación tiene como objetivo contribuir al pleno desarrollo de la persona humana, fortalecer el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos, y promover el mantenimiento de la paz.

Está claro que las universidades tenemos la obligación de formar ciudadanos. No obstante, permítanme insistir un poco más y traer a colación otras disposiciones que nos han servido como marco normativo aplicado a la experiencia que hoy les estoy contando. En 1998, la *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción* de la UNESCO señalaba como objeto de las universidades, en su artículo 1º:

- a. Formar diplomados altamente cualificados y ciudadanos responsables.
- b. Constituir un espacio abierto para la formación superior que propicie el aprendizaje permanente [...] así como oportunidades de realización individual y movilidad social con el fin de formar ciudadanos que participen activamente en la sociedad.
- c. Contribuir a proteger y consolidar los valores de la sociedad, velando por inculcar en los jóvenes los valores en que reposa la ciudadanía democrática.

Por su parte, el inciso 'b' del artículo 9º establece que «las Instituciones de Educación Superior deben formar a los estudiantes para que se conviertan en ciudadanos bien informados y profundamente motivados, provistos de un sentido crítico y capaces de analizar los problemas de la sociedad, buscar soluciones para los que se planteen en la sociedad, aplicar éstas y asumir responsabilidades sociales».

Del mismo modo, las conclusiones de la *Conferencia Mundial sobre la Educación Superior* que se llevó a cabo a mediados de 2009 incluían en su numeral 3 la siguiente referencia: «La educación superior debe no sólo proporcionar competencias sólidas para el mundo de hoy y de mañana, sino contribuir además a la formación de ciudadanos dotados de principios éticos, comprometidos con la construcción de la paz, la defensa de los derechos humanos y los valores de la democracia».

Finalmente, la UNESCO durante la *Conferencia Mundial de Educación Superior 2022. Reformar los ideales y prácticas de la Educación Superior para asegurar el desarrollo sostenible del planeta y de la humanidad* determinó que la educación:

[...] juega un papel determinante al ser el espacio en el que se forma integralmente a las y los ciudadanos y profesionales, que deben ser dotados de principios y valores que los alejen de las adicciones, de la violencia, de la corrupción y la delincuencia. Al contar con profesionales formados integralmente, con las aptitudes necesarias para un desempeño de calidad y las actitudes y valores de un buen ciudadano, el tejido social se verá fortalecido y la población estará en condiciones de exigir la vigencia y respeto de todos sus derechos.

* * *

Educar en, por y para la paz desde la Universidad implica para nosotros la formación de profesionales que, una vez obtienen su grado, se incorporan a

distintos ambientes sociales dentro de los cuales asumen ciertos roles y desempeñan determinadas funciones. Esta nueva relación de nuestros estudiantes con el medio, exige que sean personas íntegras, con valores, comprometidas con el desarrollo social, la construcción y la generación de paz.

Por ello en la Universidad Militar Nueva Granada hemos entendido nuestra responsabilidad en la formación de personas que sean consecuentes con el papel que tienen en la sociedad, especialmente en una que, como en el caso colombiano, ha estado atravesada por un conflicto armado que lleva décadas de ocurrencia. Esto entraña conducir a nuestros estudiantes a convertirse en ciudadanos que participen de la construcción de un país en paz.

Desde esta óptica, nuestra Universidad se convierte en un medio transformador. A tal efecto, tenemos presente que los procesos formativos desarrollados al interior de nuestra institución no solo deben priorizar la interpretación, percepción, procesamiento y análisis de la información por parte de nuestros estudiantes, sino que deben convertirse en una herramienta para formarlos de manera integral en su condición de seres humanos.

Formar a los estudiantes neogranadinos de una manera integral significa brindarles elementos y dotarlos de capacidades para ser ciudadanos y profesionales que participen en la construcción de la sociedad, promotores de derechos humanos y respetuosos de la diversidad y de las diferencias en sus distintos aspectos. En este orden de ideas, la educación es una forma racional de promover en los individuos su propia transformación y la del mundo que los rodea.

* * *

El esfuerzo de brindar a nuestros estudiantes una educación integral entraña también su crecimiento interior como personas humanas, a través de la estructuración de procesos que estimulen la participación democrática, las prácticas de convivencia sana, pacífica e inclusiva, y las acciones para mejorar la sociedad. En otras palabras, nuestra intención es educar a nuestros estudiantes para la vida y para ser conscientes y sensibles con lo que está ocurriendo en su entorno.

La formación para la paz también requiere un diálogo abierto y directo con los estudiantes, durante el cual se puedan escuchar sus voces, sus opiniones, acuerdos y desacuerdos respecto al tema. Cabe recordar que dentro de este tipo de espacios emergen una serie de expresiones y reflexiones tanto del orden individual como conjunto, de donde resultan ejercicios interesantes de intercambio de ideas que ayudan a la consolidación de estrategias pedagógicas vinculadas a la construcción de paz.

En este punto también cabe decir que este tipo de educación tiene como fundamento principios como la tolerancia, el respeto, la responsabilidad frente

a la sociedad, la participación activa en la toma de decisiones, la resolución positiva de conflictos, el diálogo y la reflexión, entre otros. De ahí nuestro interés en vincular de manera permanente los derechos humanos a todos los distintos escenarios que atiende la Universidad Militar Nueva Granada.

La promoción extraordinaria de los derechos humanos y su alto grado de difusión los convierte en una realidad práctica asegurando la creación de un ambiente de tolerancia, democracia y libertad para su misma realización. Por ello, en la Universidad Militar Nueva Granada nos hemos propuesto hacer de los derechos humanos un elemento básico del ideal colectivo neogranadino. De tal forma que su conocimiento desde el ámbito individual y colectivo lleve a la comunidad a convertirse en garante y defensora de los mismos.

* * *

Para cumplir este objetivo hemos estructurado el *Plan Rectoral 2024-2028. Educación neogranadina para la vida, el liderazgo y la paz*, donde se plasma nuestra apuesta por la formación integral de ciudadanos y líderes que contribuyan activamente a la construcción de una Colombia más justa, equitativa y en paz, fundamentado en principios de respeto a la dignidad humana y promoción de valores como la igualdad, la justicia, la libertad, la solidaridad, la inclusión y la participación.

Este Plan consta de ocho dimensiones estratégicas para integrar la enseñanza, la investigación y la extensión en una sinergia que potencia el impacto social y académico de la Universidad Militar Nueva Granada. Entre los aspectos destacados se encuentran la formación integral y la innovación educativa tendiente a fortalecer en los estudiantes una cultura digital avanzada y fomentar su compromiso con el desarrollo humano sostenible y la transformación comunitaria.

Por otro lado, nuestro Plan Rectoral abarca iniciativas de investigación y generación de conocimiento mediante un sistema integral que aborda la ciencia, la tecnología y la innovación. Otro componente vital es el bienestar de nuestra comunidad, pues nos esforzamos por mejorar su calidad de vida a través del deporte, la cultura y la atención en salud. Este enfoque holístico se extiende a la gobernanza y a la administración para asegurar la integridad y la ética en la gestión de recursos.

También es destacable la colaboración estratégica de la Universidad Militar con la Fuerza Pública y con el Estado a fin de fortalecer el papel de la institución en la defensa nacional y el desarrollo social. De esta manera, se busca lograr una formación en valores y competencias en ámbitos como la política, la economía, el medio ambiente, la diversidad cultural, la igualdad de género y el uso de medios digitales, para facilitar el acceso a la educación.

* * *

El Plan Rectoral entiende la educación como la herramienta más poderosa para transformar la vida de las personas y de las sociedades, al mismo tiempo que se configura como garantía de los derechos humanos. Por ello, nuestro punto de partida es el reconocimiento de la educación como derecho fundamental que ayuda a cerrar las brechas de desigualdad social y a mejorar las posibilidades de vida de las personas.

Nuestro primer objetivo, entonces, ha sido poner la educación al alcance de todos. Es cierto que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar el acceso a la educación de todos los colombianos e implementar políticas dirigidas a mejorar la calidad educativa, brindar oportunidades para hacerla igualitaria, promover la creación de nuevos programas e impulsar la investigación en áreas de interés para la nación.

Pero a las universidades nos corresponde apoyar y participar en el desarrollo y en la ejecución de aquellas iniciativas que determina el Estado colombiano para garantizar la cobertura, la calidad y la continuidad de la educación. Por tal motivo, la Universidad Militar Nueva Granada se ha unido a las políticas de gratuidad que permiten un acceso a la educación superior sin barreras, abriendo así nuevas oportunidades para la ciudadanía.

De esta forma, los jóvenes de estratos socioeconómicos bajos que aspiran a adelantar cualquier programa de pregrado que ofrece nuestra institución tendrán cubierto el pago de la matrícula ordinaria neta, ofreciéndoles la posibilidad de adquirir mayores competencias y habilidades para su vida. Igualmente, las facilidades de acceso a la educación ponen a estos jóvenes en igualdad de condiciones para acceder a las mismas oportunidades.

* * *

El siguiente proyecto que estamos desarrollando, de acuerdo con nuestros propósitos fijados dentro del Plan Rectoral y nuestra misión de contribuir a construir una sociedad en paz, es la apertura del nuevo programa de *Licenciatura en Humanidades y Educación para la Paz*. Debo decir que nuestra licenciatura es única en Colombia, está destinada a formar profesionales que tienen la intención de organizar el proceso educativo para la paz.

Nuestra intención es formar educadores para la paz, capacitados para actuar en contextos que requieran intervención por medio de los derechos humanos, promover la convivencia y la reconciliación, participar en procesos de negociación en ambientes en conflicto, diseñar proyectos sociales para transformar comunidades, gestionar programas para el desarrollo sostenible e incidir positivamente en la reconstrucción del tejido social del país.

Esta licenciatura incluye la promoción de una cultura de paz, de la igualdad de género, de la justicia, la equidad, el desarrollo sostenible y el respeto y garantía de los derechos humanos. A través de ella se busca trascender el ámbito académico y poder abarcar el diseño, ejecución e implementación de proyectos de extensión y colaboración con diversas comunidades y organizaciones nacionales e internacionales. Por medio de iniciativas académicas y proyectos de campo, estudiantes y personal académico ya empiezan a trabajar en conjunto con las comunidades afectadas para desarrollar soluciones prácticas y sostenibles a los problemas derivados del conflicto. Además, tenemos un fuerte componente de investigación que busca documentar y analizar los procesos de paz y reconciliación, para aportar así al conocimiento global sobre este tema.

Asimismo, en nuestro propósito de educar para la paz, la Universidad Militar Nueva Granada adoptó formalmente el Protocolo para la Prevención, Detección, Atención, Sanción y Restauración de Todas las Formas de Violencias Basadas en Género, una herramienta clave diseñada para detectar, abordar y erradicar cualquier forma de violencia y discriminación basada en género dentro de nuestra comunidad académica.

* * *

En esta misma línea, en la Universidad Militar Nueva Granada hemos dado pasos muy significativos al crear dos observatorios.

Por una parte, el Observatorio de Sostenibilidad, un espacio diseñado para el intercambio y la producción de conocimientos, y el desarrollo tecnológico, en el que tienen participación las comunidades, las empresas, el Estado, el sector académico y las organizaciones dedicadas a las áreas económicas, sociales y ambientales del país. Desde aquí se proponen soluciones sostenibles en distintos territorios del país, promoviendo el uso de componentes de innovación social, ambiental, tecnológica y de emprendimiento.

Por otra, el Observatorio de Género y Paz tiene como misión contribuir al fortalecimiento institucional de la educación para la paz y los asuntos de género. En el desarrollo de esta misión el observatorio fomenta la investigación y el desarrollo de programas educativos avanzados sobre resolución de conflictos, derechos humanos, paz y justicia transicional.

Es oportuno destacar que esta iniciativa es el resultado de un proceso sostenido de cooperación iniciado en 2016, con las *Primeras Jornadas del Constitucionalismo de la Paz* celebradas en esta Facultad de Derecho. Y con la creación de la Red Iberoamericana de la Transición a la Paz, conformada por muy destacados profesores de nuestras universidades y de la Universidad de Valencia. Desde entonces, hemos colaborado estrechamente en el fortaleci-

miento de los estudios y proyectos de investigación conjuntos sobre el proceso de paz de Colombia, la justicia transicional, el derecho a la paz y el papel de la mujer en la construcción de paz, entre otros temas clave para la convivencia pacífica de nuestro país.

* * *

Ciertamente, la cooperación internacional es esencial para el desarrollo académico y la promoción de la paz. Por ello, en la Universidad Militar Nueva Granada hemos establecido convenios con diversas universidades europeas, lo que nos ha permitido ampliar nuestra oferta educativa y facilitar un continuo intercambio de conocimientos y experiencias, elementos necesarios para abordar los desafíos que le imprime el mundo actual a nuestra misión.

Un ejemplo de ello es el impulso del proceso del convenio marco con el Campus IBERUS, que representa, como sabemos, un hecho significativo por la unión estratégica de universidades del Valle del Ebro —incluyendo las de Zaragoza, Navarra, La Rioja y Lleida— y la red de colaboración académica que nos ofrece. Creemos que este acuerdo abrirá nuevas oportunidades para la formación de nuestros estudiantes y docentes, y fortalecerá nuestro compromiso con la excelencia académica.

Asimismo, en el marco de la colaboración internacional, la Universidad Militar Nueva Granada, a través del Observatorio de Género y Paz, está impulsando la creación del Instituto Internacional de Educación para la Paz, con sede en nuestra universidad. Con este Instituto buscamos contribuir a la construcción de paz en Colombia y el mundo, mediante investigaciones estratégicas y estudios avanzados, de máster y doctorado, sobre los conflictos armados, el género y la paz. Será un espacio abierto para estudiantes y profesores de todos los países, facilitando el intercambio del conocimiento científico en estas materias, con especial enfoque en la experiencia colombiana y regional.

* * *

En términos generales, en la Universidad Militar Nueva Granada buscamos consolidar proyectos académicos sólidos, aplicables a la sociedad y que respalden de manera integral la formación de los estudiantes. Por eso, para nosotros es de vital importancia partir de la idea de los seres humanos como sujetos conscientes, racionales y libres, y de la educación como un proceso cuyo fin es transformar el mundo y a los individuos.

En este orden de ideas, el individuo aparece en nuestra Universidad como agente de su propia construcción, en la medida en que actualiza sus competencias y capacidades para desarrollarlas. La Universidad Militar Nueva

Granada está genuinamente empeñada en formar líderes y ciudadanos que promuevan la paz y la igualdad en todas sus formas.

Tenemos una misión enfocada al servicio y la excelencia educativa y estamos comprometidos con la construcción de una Colombia más justa y equitativa. Confío en que nuestra experiencia en cuanto a nuestros esfuerzos de aportar a la construcción de una Colombia en paz no solo haya sido enriquecedora, sino que también sirva para profundizar la cooperación existente a favor de la paz, el desarrollo y la igualdad en nuestro país.

¡Muchas gracias!

BIBLIOGRAFÍA

ABAD MARCO, Elena Olga, *Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2024, I.S.B.N. 84-89510-76-8, 319 págs.

Como bien explica José Bermejo Vera, que fue Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, en el prólogo, el libro trata de un delicado y espinoso tema jurídico. Si nuestra anhelada Constitución de 1978 impuso a todos los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad (y la libertad) del individuo y de los grupos— fuese efectiva, incluso removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9), garantizando la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10) y vetando cualquier tipo de discriminación (art. 14), cobra todo su sentido el precepto que obliga a los poderes públicos a amparar «especialmente» a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos «para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (art. 49).

En ese Título (el I de la Constitución) no solamente figuran esos deberes más o menos abstractos y esas proclamas generales —aunque nuestro Tribunal Supremo ya ha reaccionado frente a una eventual minusvaloración de tales obligaciones, inspirándose en declaraciones del Tribunal Supremo norteamericano (por ejemplo, *Sentencia Trop versus Duller*)—, sino también derechos subjetivos concretos, no meramente reaccionales, ni de libre configuración legal, como es el «derecho a acceder a condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos» (art. 23.2), «de acuerdo con los principios de mérito y capacidad» (art. 103.3). Nuestro Tribunal Constitucional ha ido tajante, reiteradamente, al interpretar el conjunto de estos preceptos, tanto en el acceso como en la permanencia y promoción en las funciones públicas, declarando inconstitucional y anulando ventajas y nuevas normas, así como hábitos hermenéuticos y actos de aplicación no menos desdeñables.

Para ello, Elena Olga Abad Marco, Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, arranca del origen de los derechos fundamentales, como eslabones entrelazados y básicos que, en nuestro sistema jurídico —como en los demás con los que se identifica—, tratan de salvaguardar la dignidad humana. En el análisis y clasificación de tales derechos, dedica una particular atención a los derechos que conectan indisolublemente con las situaciones de minusvalía o discapacidad. Pero se detiene especialmente en la igualdad, ese principio —derecho que tamiza todos los demás y que sirve de auténtico parámetro de la justicia y la moral social. En el libro se analiza el verdadero significado jurídico de la igualdad, pues no ha de olvidarse que

lo importante, ante las incuestionables desigualdades naturales, es garantizar la no discriminación, interpretada como una prohibición de medidas causantes de desigualdad que carezcan de justificación objetiva y razonable. También conviene insistir en que, precisamente en este ámbito, es donde tiene mayor sentido la «discriminación positiva», es decir, las formas de aplicación normativa encaminadas a paliar en lo posible ciertas desigualdades físicas o circunstanciales. La autora nos recuerda este importante dato, acentuando las posibilidades que a tal efecto proporciona el texto constitucional.

La autora parte de la importante distinción entre las declaraciones de incapacidad y las certificaciones sobre minusvalías. Obviamente, los términos «incapacitado» y «discapacitado» no son sinónimos: Mientras que las incapacitaciones proceden necesariamente de sentencias judiciales que directamente determinan, previa valoración de su nivel de discernimiento, qué actividades o derechos no puede ejercer personalmente el sujeto, las discapacidades existen ya de por sí y muchas veces no afectan a la facultad de entender y querer. El reconocimiento oficial de las desventajas que éstas últimas conllevan en cada caso concreto, denominadas minusvalías, se lleva a cabo a través de resoluciones administrativas derivadas de un procedimiento, en que han de valorarse las «deficiencias del estado físico y/o psicológico del interesado» así como «su situación personal y su entorno socio-familiar» (art. 4.1 de la Orden 276/2000, de 2 de noviembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que desarrolla el RD. 1971/1999) en las proporciones que fija un baremo pre establecido.

La incorporación de estos dos últimos factores, lógica considerando la definición del término «minusvalía» elaborada en el seno de la OMS, plantea varios problemas que cabe citar: Al traducirse un simple enunciado numérico, la estimación y graduación de las deficiencias teniendo en cuenta para ello aspectos ajenos a la discapacidad en sí, puede hacer perder la perspectiva de cuál es su verdadero alcance. Además, la situación personal y, sobre todo, el entorno socio-familiar de los seres humanos constituyen circunstancias difíciles de valorar y sometidas a frecuentes cambios no previsibles, por lo que su relevancia a la hora de precisar el grado de minusvalía, cuando ésta tiene carácter permanente, debería ser nula o muy escasa si no va a realizarse un seguimiento periódico.

El reconocimiento, calificación y declaración del grado de minusvalía tiene lugar a instancia del interesado, representante legal o guardador de hecho (art. 5.1.a de la Orden 276/2000), que también están facultados para instar posibles revisiones. A través de estos certificados que la acreditan, la Administración competente no restringe el ejercicio de ningún derecho, sino que se limita a certificar la existencia de una discapacidad, así como a valorar el alcance de la misma y los efectos que teóricamente produce, expresándolos

en forma de porcentaje. Su misión sólo consiste en valorar las dificultades que cada afectado por una deficiencia encuentra debido a ella en su vida individual, profesional y social; pero lo que el equipo de valoración decida pasará a constituir un eje del que dependerán ciertas ayudas económicas, la posibilidad de sujetarse a relaciones laborales especiales (incentivadas por el Estado y las Comunidades Autónomas) e incluso el ejercicio de un derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 CE.

En un relevante capítulo del libro, la autora nos muestra y analiza las diversas situaciones de minusvalía desde el punto de vista de su reconocimiento normativo, diferenciando entre minusvalía, discapacidad e incapacidad. A menudo se confunden dichos términos, y, pese a que en ocasiones comprenden situaciones asimilables, las circunstancias en que se lleva a cabo el ejercicio de los derechos fundamentales dependen de soportar una u otra modalidad.

Olga Abad ha puesto en contraste sus experiencias con la realidad normativa y las interpretaciones cotidianas, llegando a las conclusiones que el lector podrá juzgar por sí mismo. No es verdad, pues sería injusto decirlo así, que las instituciones de minusvalía se encuentren genéricamente maltratadas por los poderes públicos. Tampoco es cierto que sea sencillo articular los medios e instrumentos para garantizar en plenitud una aplicación absolutamente correcta y general de los antecitados preceptos y, sobre todo, de lo que realmente significan. Ni mucho menos puede ser admisible la convicción de la ausencia de sensibilidad de todos los responsables públicos, en cuenta a la vigencia y aplicabilidad de los mecanismos que facilitan la remoción de obstáculos a la efectiva igualdad. Ocurre, sin embargo, casi de forma cotidiana, la falta de auténtica efectividad de las reglas de articulación de aquellos honorables principios y preceptos.

Es un curioso planteamiento el que realiza la autora al cuestionarse si se debería incorporar la superación de un trámite selectivo adicional como medida preventiva en las pruebas de acceso a la función pública de las personas con discapacidad. Teniendo en cuenta que el art. 62.2 LAP considera nulas de pleno derecho *«las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»*; la validez de cualquier precepto que desde un derecho vulnere alguno de los derechos comprendidos en el art. 23 CE resulta más que dudosa. Aún así existen y siguen siendo aplicados con demasiada frecuencia algunos que, mediante la creación de un procedimiento selectivo añadido, impiden que el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos pueda ser ejercido por minusválidos en condiciones de igualdad formal con los demás aspirantes.

Respecto a la facultad de solicitar informes previos y eventualmente incapacitantes que determinen en términos absolutos la aptitud o ineptitud del

candidato, cabe afirmar que se trata de una medida preventiva no justificada y contraria al contenido del art. 23.2 CE; más aún cuando los aspirantes minusválidos optan por el turno libre o el nivel de exigencia en caso de reserva sea igual que para el resto de opositores. En tales supuestos deberían evaluarse con arreglo a los mismos criterios, sin perjuicio de las adaptaciones posibles (bajo ningún concepto deben modificar el contenido o el nivel de exigencia de los exámenes) de tiempo y medios que precisen para realizar las pruebas en condiciones semejantes.

Dado que el artículo 19.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública reconoce, como han hecho en España todas las disposiciones autonómicas de este rango al respecto, que «*los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas*» y que el 5.1 de su reglamento de desarrollo, 364/1995, establece que «*los procedimientos de selección serán adecuados al conjunto de puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos o Escalas correspondientes*», estos ejercicios deberían constituir el principal parámetro a la hora de valorar el mérito y la capacidad de todos; sin que unas decisiones «de gabinete» puedan, si los miembros del órgano selectivo así lo deciden, suponer una causa eventual de exclusión a priori para los minusválidos.

Considera Olga Abad que esta medida, destinada a evitar el riesgo de que existan funcionarios poco eficientes, no tiene razón de ser, pues no trata de impedir que el sujeto acceda a un puesto de trabajo sino a un proceso selectivo. Además, cuando el legislador exige a los aspirantes minusválidos que acrediten su aptitud con carácter previo parte de una presunción de incapacidad extraña en nuestro ordenamiento jurídico, de hecho es el único supuesto, que no extiende a quienes no poseen minusvalía reconocida, pese a que el reconocimiento oficial de las mismas es en España afortunadamente voluntario y que a veces, por desconocimiento o deliberadamente, personas que podrían hacerlo no lo solicitan. Sabemos que el ocultamiento voluntario de las deficiencias, cuando resulta factible, supone un hecho relativamente frecuente y, en la opinión de la autora, medidas como ésta contribuyen a incrementar el número de casos.

También ocurre que otros ciudadanos, cuya incorporación al proceso selectivo y a un hipotético puesto de trabajo en la Administración podría producir alteraciones mayores (pensemos, por ejemplo, en quienes padecen problemas de alcoholismo o drogadicción, trastornos mentales, enfermedades infecto-contagiosas o simplemente tienen «malas intenciones») acceden al primero de ellos sin ninguna cortapisa. Certo es que circunstancias como éstas resultan a menudo imposibles de detectar a simple vista, pero el hecho de que

las minusvalías ya diagnosticadas sean particularmente fáciles de controlar no constituye razón suficiente para partir de la desconfianza y penalizar exigiendo requisitos adicionales a quienes las sufren.

Con respecto a los informes eliminatorios susceptibles de solicitarse y expedirse una vez superadas las pruebas cuando no existe la reserva, si el contenido de éstas se adapta en buena medida al de las funciones propias del trabajo a realizar, el hecho de que alguien las supere con mejor puntuación que el resto de aspirantes debería ser razón suficiente para presumir, mientras la realidad no demuestre otra cosa, que desempeñará sus tareas con las debidas garantías, independientemente de su condición de minusválido o no, más aún considerando el elevado índice de competitividad que habitualmente (no siempre) caracteriza a tales procesos.

La posibilidad de excluir del servicio público a los funcionarios poco eficientes una vez incorporados existe como medida sancionadora y en previsión de que concurran incapacidades sobrevenidas; pero en ambos supuestos la decisión final debe ir precedida por un procedimiento reglado que sirve de garantía. Desde la visión de Olga Abad, sería preferible, aunque no necesario, establecer un sistema semejante para retirar a quienes trabajando demuestren su falta de capacidad preexistente, antes de seguir utilizando el vigente mecanismo de exclusión mediante informes.

Como bien explica la autora, en los tres casos se trata de impedir a quien ha superado todas las pruebas el ejercicio de un derecho fundamental por razones de utilidad pública, si bien la diferencia en cuanto a las garantías resulta más que notable dependiendo del motivo. Cuando, por mucho que sea en aras del bien general, a un ciudadano le prohíben ejercer uno de los derechos fundamentales comprendidos en el Capítulo segundo del Título primero CE, como es el que existe de acceder (y permanecer) en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, sin garantizar el respeto de sus otros derechos mediante un procedimiento reglado, es vulnerada su dignidad y algunos principios esenciales más comprendidos en nuestra Carta Magna.

Cuando tiene lugar una reserva de plazas «bien entendida», ya que el nivel de exigencia resulta algo inferior al previsto para los participantes en el turno libre, puede desaparecer la presunción de que quienes aprueben sean los más preparados; pero la forma en que operan los dictámenes de incompatibilidad, desde el punto de vista de Olga Abad, es nada ortodoxa. Un informe previo, aportado por el participante y elaborado por el órgano multiprofesional, podría resultar interesante para los miembros del órgano selectivo si se pronunciara sobre el tipo de minusvalía y las consecuencias o necesidades que normalmente conlleva a la hora de realizar los ejercicios; al igual que uno posterior relativo a las adaptaciones precisas y circunstancias psíquicas o físicas del opositor; destinado a aprovechar al máximo su potencial

profesional. Sin embargo, como dice Olga Abad, si dichos documentos tienen carácter vinculante (a efectos prácticos quien solicita un informe vinculante delega en el órgano emisor la facultad de resolver a su juicio el asunto de que se trate), suelen e incluso deben pronunciarse en términos absolutos sobre la supuesta capacidad o incapacidad y ningún precepto exige que quienes los elaboren actúen conforme a un procedimiento, conozcan al interesado o utilicen datos recientes, muy poca será la utilidad que revistan y cuantiosos errores o fraudes que puedan ocasionar.

En efecto, estoy de acuerdo con la autora en que el nivel de exigencia resulta algo menos elevado, pero ello obedece a una justa causa y tampoco es razón suficiente para incorporar un proceso preselectivo que excluya a los «no capaces» u otro posterior que seleccione entre los ya escogidos. Si el principal objeto de la menor exigencia consiste en compensar las dificultades que este colectivo encuentra al afrontar las pruebas y acceder a un puesto de trabajo en el mercado libre de empleo, pero al mismo tiempo se penaliza a quienes en mayor proporción han de enfrentarse a ellas, la medida dejará de cumplir su verdadero objetivo beneficiando quizás en exceso a los que, pese a padecer una minusvalía igual o superior al 33%, podrían competir en condiciones de igualdad con los no discapacitados.

Cabe mencionar como posible medida paliativa de las desigualdades naturales que impiden a las personas con discapacidad enfrentarse a las pruebas de acceso en igualdad de condiciones frente a las personas sin discapacidad las *adaptaciones posibles de tiempo y medios*. Según Olga Abad, en la frecuente expresión «*adaptaciones posibles de tiempo y medios*» suele también ocultarse un factor diferencial, susceptible de ser transformado en discriminación de no aplicarse conforme a los principios de eficiencia, proporcionalidad y buena fe. Cabe entender como tales las que no desvirtúan el contenido de las pruebas ni proporcionan ventajas a quienes hacen uso de ellas, pero esta definición resulta demasiado abstracta y con relativa frecuencia una misma adaptación, en un tipo de prueba similar, es rechazada por unos tribunales y admitida por otros.

Normalmente se solicitan al presentar la instancia, de hecho el artículo 8.2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, dispone «que los interesados deberán formular la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación, en la que se reflejan las necesidades específicas que tiene el candidato para acceder al proceso de selección en igualdad de condiciones», pero el órgano selectivo no está obliga a informar expresamente al candidato acerca de si han sido aceptadas o denegadas por considerarse innecesarias, de imposible realización o incompatibles con el proceso.

Ocurre de vez en cuando que algún minusválido asiste a un examen pensando que dispondrá de las adaptaciones requeridas y allí descubre que no es así, lo que acostumbra a traducirse en un suspenso más que seguro. Un

ejemplo paradigmático, aunque existen otros muchos, lo constituye un ciego a quien habiendo solicitado recibir el ejercicio en sistema Braille o sonoro le es entregado escrito en tinta, viéndose obligado a retirarse o permanecer de brazos cruzados mientras los demás participantes se examinan.

La necesidad de adaptaciones no sólo concurre al realizar las pruebas sino también en los puestos de trabajo. Según Olga Abad, es un hecho relativamente frecuente que los minusválidos presentes en listas de interinos pierdan oportunidades de empleo en el sector público so pretexto de no resultar factibles aquellas; cuando el término «posibles» tiene carácter relativo, dependiendo a menudo su alcance de la dedicación, interés y pericia de quienes llevan a cabo los ajustes precisos.

En la última parte del libro se estudian dos aspectos importantes. Por un lado, se analiza de forma esquemática el problema de distribución de competencias en estos ámbitos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, llegando a la conclusión de que el Estado ha abdicado en parte de su competencia, tal vez por la confianza en que, tratándose de un tema tan conectado con la sensibilidad social, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos ejecutarán fielmente los principios constitucionales que garantizan la igualdad en el acceso a la función pública. En todo caso, se apunta la conveniencia de incrementar el grado de responsabilidad del aparato estatal en estos campos, con el fin de asegurar una mayor cohesión social. Por otra parte —y aquí encuentra su sentido y utilidad el libro—, se examinan pormenorizadamente las normas estatales y autonómicas que atienden el cumplimiento de las exigencias derivadas del derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas. Ahí, desde la perspectiva de la autora, se ponen de relieve las insuficiencias y lagunas normativas que hacen ineffectivo o escasamente efectivo el derecho fundamental.

En conclusión, la autora se pregunta si el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, según el mérito y la capacidad, existe para los minusválidos. La respuesta es, en su criterio, negativa. En general, y aparte de sensibles «vacíos normativos», algunas leyes o reglamentos ordenadores de los sistemas de acceso a la función pública propician fórmulas de elusión del cumplimiento de los deberes que implica el reconocimiento de este derecho fundamental. Ella misma ha comprobado los métodos que, sin ser flagrantemente ilegales, entorpecen notoriamente la aplicación justa del precepto. Me remito a las experiencias que narra y que, sin duda, podrán —o deberán— contribuir a la modificación de las normas y a la de las conductas que se amparan en ellas, menospreciando el valor superior de la igualdad que nuestra Constitución —y nuestro sentido de la ética— coloca en su pórtico.

Victoria C. GÓMEZ Y ALFONSO
Universidad de Zaragoza

BADULES IGLESIAS, Darío (2024). *Análisis de la retroalimentación del ciclo normativo. De la evaluación ex post a la planificación normativa*, A Coruña: Colex, 492 pp.

Algunos autores apuntan a que posiblemente estemos siendo testigos del peor Derecho de la historia de España. No será yo quien lo afirme o desmienta, pero sin duda nuestro ordenamiento jurídico requiere de mejoras. Es cierto que parte de la cuestionable calidad del Derecho actual se debe a la ingente cantidad de normas existentes en nuestro ordenamiento, pero no es ni la única ni la más importante causa. Este es el comienzo del debate de la monografía que presenta el profesor BADULES IGLESIAS. Además, tal y como acertadamente apunta el autor, la racionalidad es el elemento indispensable sobre el que toda norma —de calidad— se debería cimentar, siendo necesaria su presencia tanto en el propio contenido de la norma como en el procedimiento de su elaboración.

Esto es importante, porque el hecho de tener un Derecho de mala calidad redunda negativamente en la sociedad, no sólo como receptora directa de las normas, sino también indirectamente a través de la erosión y el desgaste que se produce en la democracia, el Estado de Derecho e incluso en la economía. De esta forma, queda patente la necesidad de contar con un ciclo normativo en el que todos y cada uno de los pasos dados estén impregnados de la racionalidad apuntada. Se aboga por una normativa basada en razones y no en pasiones.

El ciclo normativo se compone de cuatro piezas fundamentales de las que depende la consecución de un Derecho de calidad: la planificación normativa, la evaluación *ex ante*, la participación pública y la evaluación *ex post*. La primera y la última de ellas son las que menos atención han recibido por parte de la doctrina, sin embargo, con esta obra el profesor BADULES pretende no sólo llamar la atención de su importancia, sino también cubrir ese vacío doctrinal existente hasta el momento.

Tras una introducción en la que se nos presenta el problema de la mala calidad del Derecho, el estudio se divide en dos partes: una primera dedicada a la planificación normativa y una segunda centrada en la evaluación *ex post*. La estructura utilizada en ambas es la misma: se comienza caracterizando la figura objeto de análisis, tras lo cual, se estudia su régimen jurídico y la jurisprudencia existente al respecto, haciendo también un repaso de las experiencias prácticas en los diferentes niveles territoriales; se culmina destacando algunos aspectos de la actual configuración y con unas consideraciones finales.

En cuanto a la planificación normativa, el autor destaca la escasa tradición de esta técnica en nuestro país. Pese a ello, la planificación normativa, que se

puede ejercer a través de distintos instrumentos (los programas de gobierno, los calendarios normativos o los planes normativos) optimiza sus ventajas a través de los últimos. Defiende que los planes normativos dotan de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, destacando sus efectos positivos tanto a nivel interno de la Administración (optimización de recursos o mayor coordinación interadministrativa, entre otros), como a nivel externo, permitiendo a la sociedad prever las próximas actuaciones de los poderes públicos.

Es a partir de 2015, con la aprobación de la LPAC, cuando se introduce esa figura en el ordenamiento español, en concreto en su artículo 132, obligando a todas las Administraciones Públicas a aprobar un plan anual normativo (PAN). Sin embargo, dicha obligación decayó para las Comunidades Autónomas con la STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018, que declaró inconstitucional su aplicación a dichas Administraciones.

En este punto es destacable la postura del profesor BADULES, quien a pesar de entender plausible y razonable el pronunciamiento del Alto Tribunal, destaca que bien se podría haber pronunciado en sentido contrario, ya que, la pretendida afición al núcleo esencial de la actividad política en la que se basaron para determinar la inconstitucionalidad, no era tal, sino que nos encontrábamos simplemente ante un trámite prenormativo imperativo en caso de ejercer la actividad política a través de normas, decisión que seguía recayendo enteramente sobre el ejecutivo autonómico. No puedo más que coincidir con él en esta reflexión.

El autor se anima a mejorar el artículo 132 a través de una propuesta de *ley ferenda* de cambios en su redacción, con los que se elimina cualquier atisbo de duda respecto a su constitucionalidad, ya que suprime esas concreciones que el TC consideró suficientes como para dictar su no adecuación a nuestra Carta Magna.

A nivel estatal, su régimen parte del artículo 132, y en el que tan solo se bosquejan los aspectos más básicos de los planes, por lo que debe de completarse con otros preceptos del ordenamiento, destacando el artículo 25 de la Ley del Gobierno.

A partir del pronunciamiento del TC, una parte no desdeñable de las Comunidades Autónomas, que en su mayoría habían aplicado la normativa estatal hasta el momento, dejaron de realizar los planes normativos. A través del análisis contenido en la obra realizamos un recorrido por toda la geografía española, comprobando un panorama desolador en el que son pocas las Comunidades que se han obligado a sí mismas, mediante normas autonómicas, a elaborar estos planes, aunque algunas, por lo menos, han optado por figuras afines.

Por su parte, el apartado dedicado al régimen local es cuanto menos sugerente. A pesar de que la aplicabilidad o no del artículo 132 LPAC a las

administraciones locales es una de las cuestiones más discutidas por la doctrina debido al silencio del TC al respecto, me parece mucho más interesante el debate planteado en torno a la procedencia o no de que las entidades locales estén obligadas a elaborar estos planes normativos. Aunque algunos autores muestran cierto escepticismo, coincido con el profesor BADULES en la conveniencia de que estas administraciones deban desarrollar dichos planes (aunque la doctrina del Tribunal Supremo más reciente se haya manifestado precisamente en el sentido opuesto). Pese a su reducida potestad normativa, que certamente facilitaría el cumplimiento de esta prescripción —si existiera—, considero que sería en estas administraciones donde esa función de dotar de seguridad jurídica al ciudadano se vería más potenciada.

De todas las formas, aunque no se tome la decisión de obligar a los entes locales a realizar los planes normativos, se insta a su adopción como una buena práctica que, de hecho, se ha aplicado de manera exitosa en la capital del Estado: Madrid. Es cierto que su modelo tal vez no sería el más adecuado para pequeños municipios, con su propia idiosincrasia, pero bien podría servir de referente a otras urbes españolas.

La jurisprudencia y las experiencias prácticas de esta herramienta, dada su *juventud*, son escasas e imperfectas, y se han visto desfavorecidas por la desconsideración del artículo 132 LPAC como básico. Mas la cuestión no parece radicar tanto en la exigencia legal de su elaboración, sino en una verdadera voluntad por parte de la Administración de planificar su actividad normativa que permita optimizar esta labor y, por ende, los frutos de la misma: las normas. Sería en este momento del ciclo normativo, el de la panificación normativa, cuando las AAPP deberían dilucidar la cuestión de si crear, modificar o derogar normas para resolver el problema en cuestión. Tal y como advierte el autor a lo largo de la obra, la alternativa cero existe, siendo no siempre necesaria la existencia de reglas que rijan un ámbito concreto de la vida. Aunque existe tal posibilidad, se advierte de algunas incongruencias en la regulación de la planificación, dado que presupone la propia obligación de regular, chocando precisamente con esa alternativa no normativa.

En cuanto a los aspectos destacables, es interesante el estudio relacionado con la periodicidad de estos planes, la cuestión de determinar el órgano responsable de su elaboración o la forma de publicitarlos. De lo que no parece haber dudas es de que se trata del primer paso para favorecer la cultura a favor de la calidad Derecho, aunque se va a necesitar de mucha voluntad por parte de las AAPP para conseguir una verdadera planificación normativa que pueda desplegar sus efectos positivos.

Ya en la segunda parte, dedicada a la evaluación *ex post* de la normativa, podemos observar la importancia de esta fase, la cual implica un análisis objetivo acerca de si las normas que se han aprobado con un determinado

fin están verdaderamente funcionando y, por ende, el objetivo predeterminado se está viendo satisfecho.

Los resultados de estas evaluaciones son esenciales para el buen funcionamiento del Estado, ya que su existencia radica en el servicio a los intereses generales con objetividad, satisfechos a través de diversos instrumentos, entre los que necesariamente se encuentran las normas. Si existe un vacío normativo o el ordenamiento es imperfecto, el legislador deberá crear nuevas normas o modificar —e incluso derogar— las que no funcionen, siendo la evaluación *ex post* el estadio previo y necesario a dichas actuaciones.

Es cierto que algunos autores muestran cierto desarraigo respecto a esta fase del ciclo normativo, basando sus argumentos en la idea de la inseguridad jurídica provocada en los receptores de las normas cuando estas se evalúan o revisan, debido a que dichas revisiones suelen llevar aparejadas una modificación o derogación posterior.

Creo que esta inseguridad parte del mal uso que se suele hacer de estas evaluaciones porque, tal y como indica el profesor BADULES, sólo se realizan revisiones cuando ya se tiene la certeza de que hay que cambiar, derogar o crear normas, es decir, que la valoración acometida está viciada desde el inicio, en el que quedan prefijadas sus conclusiones. Esta no es la forma correcta de evaluar.

Además, una aceptación de las tesis críticas podría suponer una petrificación de las normas, resultado que todo legislador debería evitar. El Derecho está vivo y evoluciona con la sociedad, por lo que una norma que cumplía sus objetivos en un momento y contexto concreto puede dejar de ser satisfactoria dentro de unos años, de ahí la necesidad de la evaluación *ex post*, encargada de indicarnos el momento idóneo para adaptar el ordenamiento a la nueva realidad.

De nuevo, es en la LPAC donde encontramos los aspectos básicos de esta figura, en concreto, hemos de acudir al artículo 130, también objeto de enjuiciamiento por la STC 55/2018. Sin embargo, su régimen no se agota en dicho artículo y se ha de acudir a la Ley del Gobierno para completarlo, a nivel estatal.

Por su parte, las CCAA se encuentran obligadas por el referenciado artículo a realizar revisiones periódicas de las normas reglamentarias, aunque la mayor parte de aquellas disponen de normativa autonómica que les obliga a realizar evaluaciones *ex post* de sus leyes. Los entes locales también quedarían obligados a realizar estas revisiones.

La jurisprudencia es escasa y, en cuanto a experiencias prácticas, podemos afirmar que nos encontramos ante una figura totalmente desatendida. En nuestra comunidad contamos con una herramienta de análisis cuantitativo

accesible a través de la página de transparencia del Gobierno de Aragón y que sería perfectamente asumible por el resto de las comunidades y el Estado, sin embargo, se echa de menos un análisis cualitativo de la normativa que, de facto, será el que más información nos podría aportar para adaptar y optimizar las normas.

Es patente la falta de regulación que concrete los pasos a seguir durante esta fase, de ahí que se recomiende su desarrollo. En este punto son muchos los interrogantes por resolver, ¿quién debe realizar la evaluación *ex post*, o ¿cuál es la periodicidad con la que se debería realizar? El profesor BADULES intenta resolverlos analizando las opiniones de otros autores y aportando la suya propia, siendo de especial interés lo relativo a la planificación de este tipo de revisiones.

Finaliza el estudio de esta parte haciendo referencia a la ostensible falta de recursos dedicados a este tipo de evaluaciones, que personalmente considero atribuible al escaso —por no decir nulo— rédito político que estas puedan aportar, a lo que se añade la *paradoja de la evaluación*, una constante a lo largo de toda la obra. Asimismo, aboga por la necesidad de dar publicidad a las revisiones realizadas, cumpliendo de esta manera con la transparencia en la que todo Estado democrático debe incidir.

Son varias las conclusiones que se pueden desprender de este estudio. Desde mi punto de vista, tanto la planificación normativa como la evaluación *ex post* son dos piezas fundamentales en el ciclo normativo que no han sido lo suficientemente atendidas, a pesar de sus importantes implicaciones para el ordenamiento jurídico.

Disponemos de las bases suficientes como para elaborar un régimen que potencie la utilización de ambas herramientas en todos los niveles territoriales, lo único que creo que falta es la voluntad de quienes nos gobiernan le dediquen la atención y los recursos suficientes para que sean operativas y, por lo tanto, nuestro ordenamiento sea capaz de alcanzar —o por lo menos aproximarse— a ese Derecho de calidad que parece que nos abandonó hace tiempo.

Sin duda alguna, una obra centrada en estas figuras era indispensable, y no me queda nada más que felicitar al profesor BADULES IGLESIAS el haber llamado la atención sobre unas herramientas que parecen haber quedado en un segundo plano —si no en el olvido—.

Pedro PASCUAL ALEJANDRE
Universidad de Zaragoza

BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel, *La brecha digital en las relaciones de la ciudadanía con las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. ISBN: 978-84-1071-013-9.

La brecha digital, en sus múltiples manifestaciones, tensiona el ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas. Podríamos afirmar que es uno de los principales retos a los que debe hacer frente el imparable escenario de digitalización de las relaciones de los ciudadanos con sus Administraciones. La obra que tengo el inmenso placer de reseñar es la realizada por el Profesor Beltrán Castellanos, la cual analiza con un extraordinario rigor y enfoque crítico el problema de la brecha digital que aflora como consecuencia de la conversión digital de la Administración Pública y la aplicación de tecnologías disruptivas que se justifican en la mejora de la prestación de ciertos servicios.

La presente obra destaca por su exhaustivo estudio de los factores que acrecientan esa brecha digital entre la ciudadanía y las Administraciones Públicas y los principales efectos sobre los derechos y garantías de los administrados. Es un estudio completo que enriquecerá a la doctrina administrativa sobre una cuestión que es la otra cara de la moneda del fenómeno de la Administración Pública electrónica. Por ello, es un trabajo innovador, en la cual el autor continúa ampliando sus líneas de investigación y que forma parte de un proyecto de investigación que está dando resultados muy productivos y con interesantes propuestas.

Con buen criterio, el Profesor Beltrán Castellanos inicia su obra detectando las causas que producen la brecha digital, para así abordar con precisión a lo largo de los dos siguientes capítulos los desafíos sobre los derechos de los administrados y culminar con un capítulo de propuestas de lege ferenda que pueden servir de referencia al legislador.

Una de las primeras cuestiones que se abordan en el primer capítulo es el de los colectivos vulnerables que se han convertido en sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas. Tras realizar un riguroso estudio del art. 14 LPAC, el autor nos invita a reflexionar sobre el cariz de la relación electrónica con la Administración como una obligación o como un derecho. Lamentablemente, la normativa administrativa ha tendido a descargar sobre las normas reglamentarias la conversión de una relación electrónica obligatoria, incluso en ocasiones en materia tributaria con la opinión en contra del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 2023 (rec. cas. 6391/2021), sin ningún tipo de piedad sobre colectivos especialmente

vulnerables como son las personas de mayor edad, las personas con menos competencias digitales o los residentes en zonas rurales y despobladas. El autor, tras una serena reflexión, concluye que la legislación debería haber apostado por regular la relación electrónica con las Administraciones Públicas como un derecho, con la debida asistencia, y no como una obligación.

Ante este clima de digitalización acelerada de las Administraciones Públicas, como bien se señalará en el segundo capítulo, no ha existido una estrategia que mitigue la brecha digital que inexorablemente iba a producirse. Esta brecha digital se traduce en menos garantías para que los ciudadanos ejercent sus derechos a través de los procedimientos administrativos correspondientes, o incluso en una fase incipiente como pueda ser la simple cita previa para pedir información sobre el inicio de éstos. Con buen acierto, el autor identifica la existencia de unas «obligaciones digitales» que impiden a parte de la población el ejercicio de sus derechos en casos variados como educación, seguridad social o sanidad, entre otras.

Las nuevas tecnologías no deben ser un fin en sí mismas, como señala el autor, sino un medio para facilitar y mejorar las relaciones entre la Administración y los administrados. Por ello, la obra ofrece argumentos jurídicos sólidos, anclados en los principios de calidad, proporcionalidad y buena administración, entre otros, para rechazar la imposición de una cita previa obligatoria. Especialmente, esta cita previa obligatoria es más dañina en los casos donde hay brecha digital originalmente. Supeditar el ejercicio de un derecho ante la Administración a conseguir previamente una cita previa que debe gestionarse telemáticamente (ya sea vía Internet y certificados electrónicos o a través de un chatbot) impide, en muchas ocasiones, el acceso a una serie de servicios, prestaciones o a la mera consulta o duda que se quiere plantear a un empleado/a de la Administración Pública de carne y hueso.

En el tercer capítulo se lleva a cabo un estudio crítico de la oportunidad y eficacia de algunas medidas que se han articulado para paliar la brecha digital. En primer lugar, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público (RAFME), ha sido una oportunidad perdida, tal y como indica el autor, para establecer un marco normativo favorable a los intereses de los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con la Administración Pública. Por el contrario, el RAFME ha sido una norma que ha continuado potenciando el uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública, sin adoptar medidas paliativas de la brecha digital. En segundo lugar, existen otras medidas gubernamentales, como las propuestas en el Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025, que intentan luchar contra la brecha digital apostando por una mayor digitalización. Suena bastante contradictorio intentar solucionar un problema con los instrumentos que lo han exacerbado. En este punto, sería

interesante que el derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos con las Administraciones Públicas [art. 13 b) LPAC] fuese efectivo.

Finalmente, en el cuarto capítulo el autor vierte interesantes propuestas de lege ferenda para reducir la brecha digital. Son medidas que piensan en los colectivos con menos capacidades digitales, entre los cuales también se incluyen a muchas personas de mediana y temprana edad. Es muy interesante la propuesta de descentralizar las Oficinas y ciertos servicios, apostando por la creación de oficinas móviles para zonas rurales o domiciliarias para personas mayores o con discapacidad. También es ilustrativa la propuesta de ofrecer en las Oficinas de asistencia en materia de registros formación y capacitación gratuita a las personas con falta de competencias digitales.

El Profesor Beltrán Castellanos ha confeccionado una monografía sobre la brecha digital y las relaciones con las Administraciones Públicas cuyas propuestas giran sobre un eje humano. Es una obra con interés científico, no solo para el Derecho Administrativo, y con una gran humanidad y proyección social. Esta obra verbaliza con una brillante argumentación jurídica los problemas que sufren colectivos, como pueden ser nuestros mayores, por su falta de competencias digitales y la impotencia de sufrir un tratamiento deshumanizado que impone el uso de unas herramientas tecnológicas que desconocen. Esta monografía cumple, por tanto, una función social que es digna de agradecer a su autor. Es preciso combinar las nuevas tecnologías con la perspectiva personal y el trato presencial que siempre enriquece y protege los derechos y garantías de los ciudadanos frente a la Administración.

José Ángel GÓMEZ REQUENA
Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Castilla-La Mancha

TEROL GÓMEZ, Ramón (2023). *Competencia y Derecho Administrativo. Autoridades de competencia, afección de relaciones privadas y contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 245 págs.

Esta monografía se ubica dentro de la colección «Los diez esenciales» de Aranzadi que dirige Alberto Palomar, y en la que su autor Ramón Terol Gómez lleva a cabo un magnífico y novedoso estudio sobre cómo las relaciones jurídicas públicas y, especialmente, privadas, no solo son objeto de una regulación horizontal para la protección de diversos intereses, sino que, específicamente, se encuentran regidas con carácter superior por lo que se ha venido a denominar como el orden público económico, es decir, por un conjunto de reglas que ordenan el funcionamiento del mercado ajustada a la regulación y al derecho de la competencia.

De esta manera, el autor indaga, así, como el Ordenamiento Jurídico está incorporando cada vez más mecanismos de supervisión, principalmente *a posteriori*, sobre las relaciones jurídicas bajo el prisma del derecho público de la competencia de tal manera que, si bien materialmente aquéllas se encuentran válidamente conformadas, los efectos de éstas sobre el mercado exigen un control adicional y superior por las autoridades administrativas y judiciales. Se constata así una tendencia legislativa a permitir una segunda valoración y examen de la legalidad de actuaciones y relaciones que incluso han podido llegar a consolidarse, con la finalidad de que los efectos derivados de las mismas no incidan negativamente en el mercado y, por lo tanto, asegurando tanto su correcto funcionamiento como la observancia de los principios inspiradores de libertad de circulación de bienes y de servicios.

Como se afirma a lo largo del trabajo realizado, tras dotarlas de preponderancia y superioridad, el legislador pretende que las reglas de ordenación de la actividad económica y, del mercado en particular, se constituyan como un filtro de legalidad. Siendo, en consecuencia, que la inobservancia de las mismas se proyecta, por una parte, en la declaración sobrevenida de ilicitud de la relación, afectando a su propia validez, y por otra, en el despliegue de la potestad sancionadora por las autoridades competentes en el marco de la reprobación de las conductas.

Diversos son los ámbitos de actuación en donde esta realidad supervisora se produce y así se detalla en la obra. No obstante, con mayor alcance se destaca la contratación pública en la que, tras las últimas reformas legislativas, se han previstos instrumentos complejos con un evidente (aunque no siempre ágil) protagonismo de las autoridades administrativas de competencia en sus diferentes niveles de actuación.

Sobre esta idea central de análisis, la obra se encuentra dividida en seis capítulos. En el Capítulo Introductorio, el autor nos sitúa en el contexto de la cuestión objeto de estudio, al que antes se ha aludido, analizando con carácter preliminar el concepto y alcance de la economía social de mercado establecida en nuestro texto constitucional. Para ello, parte de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional que viene reconociendo que el Estado Social de Derecho permite y obliga a las autoridades administrativas a intervenir de diferentes maneras en las actividades económicas, ya sea prohibiéndolas o limitando su inicio, ejercicio y cesación. Y todo ello con una finalidad evidente: garantizar la libertad de competencia para asegurar el funcionamiento del mercado procurando así el interés general a la vez que el progreso económico y social.

Como indica el autor, la autonomía de la voluntad y la libertad de empresas quedan al servicio de un bien superior. El comportamiento de los agentes económicos queda condicionado por el «*ius publicum económico*» u orden público económico, es decir, por un conjunto de normas que se imponen a los actores, ya sean públicos o privados, y que tratan de garantizar la competencia dentro de una económica de mercado.

El Capítulo I se dedica al análisis de los principales modelos de protección de la libertad de competencia y de sus agentes intervintentes. En primer lugar y desde el plano jurídico-público, nos encontramos con la normativa en materia de defensa de competencia. Estas normas de Derecho Público y que, por lo tanto, buscan la protección del interés general como es el que representa el mercado y la igualdad de los intervintentes a competir en el mismo mediante el ejercicio de sus respectivas actividades económicas, difieren en función del ámbito que nos encontremos, coexistiendo intensas regulaciones tanto europeas, estatales e incluso de carácter autonómico. El autor realiza un repaso histórico de las diferentes normas y sus principales motivaciones, destacando la existencia de los mecanismos de colaboración y cooperación entre las autoridades administrativas que actúan en sus respectivos ámbitos. Se recalcan, no solo las normas de defensa de la competencia, sino también las relativas a las ayudas de Estado que también tienen por objeto garantizar y preservar la competencia en el mercado.

Junto con este modelo de intervención pública, el ordenamiento prevé normas de invocación directa por los operadores económicos intervintentes en el mercado de protección frente a las actuaciones y comportamientos anti-competitivos de otros operadores que compiten en el mercado. Este modelo se fundamenta, principalmente, en la invocación directa ante los tribunales de la jurisdicción civil de las normas de defensa de competencia para el resarcimiento de los daños soportados y derivados de comportamientos proscritos por esa norma, así como en la normativa en materia de competencia desleal.

BIBLIOGRAFÍA

El Capítulo II de la obra se dedica al estudio de las entidades reguladoras, destacando la ausencia de monopolio de regulación y control en manos de la Administración General del Estado en materia de competencia, ni de fomento de la libertad de empresa, dado el papel relevante que el ordenamiento jurídico atribuye en nuestro sistema, no solo a la Unión Europea sino también a las Comunidades Autonómicas. Así, se analizan las principales funciones y atribuciones dadas a los entes estatales y reguladores que ya sea en una función de instrucción y/o de resolución actúan en este ámbito.

Seguidamente, en el Capítulo III se examinan diferentes ámbitos en los que las relaciones jurídico-privadas resultan afectadas como consecuencia de la normativa conformadora del orden público económico. En este sentido, se hace referencia, entre otros, a la normativa tributaria, al ámbito sancionador de la protección de los consumidores y al propio derecho de la competencia. Todo ellos, ámbitos de nuestro Ordenamiento Jurídico en los que, si bien las relaciones jurídico-privadas son plenamente válidas desde sus reglas específicas de conformación, se observa que dichas relaciones pueden convertirse de manera sobrevenida en ilícitas debido a la afectación de los intereses generales que trata de afianzar las normas en materia de competencia.

Finalmente, en el Capítulo IV se profundiza con mayor detalle en un ámbito específico de ordenación como es la contratación pública. Y en concreto, es objeto de estudio por el autor como la propia normativa en materia contractual administrativa incorpora, cada vez con mayor alcance, mecanismos de protección de mercado mediante la preservación de la competencia. Así, se afirma como la nueva regulación, fundamentalmente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha previsto instrumentos para evitar que el negocio jurídico o la relación llegue a materializarse por el efecto *ex post* de afectación al mercado que puede llegar a producirse de consolidarse esa relación.

Gil Manuel PEREA CRESPLLO
Abogado. Broseta Abogados