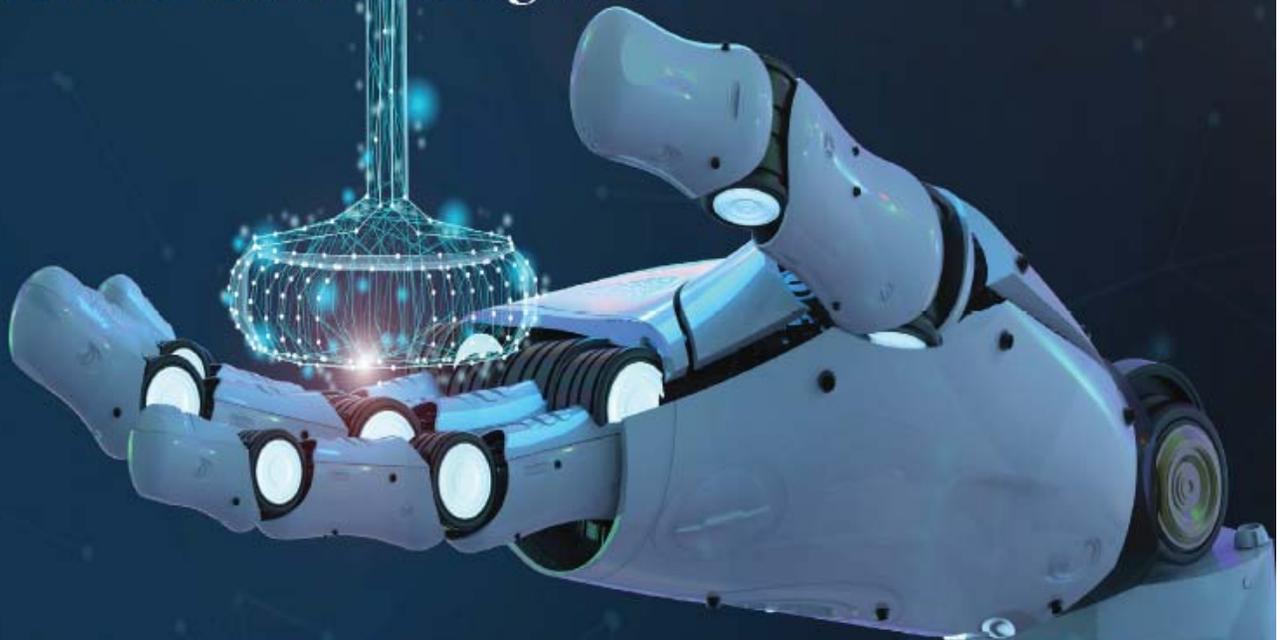




La abogacía en la era digital

Dossier sobre derechos digitales



Entrevista

**FERNANDO
JÁUREGUI**

"Necesitamos gentes del
Derecho que alumbren el
camino de la regeneración"

Foro Justicia

**DEBATES
ELECTORALES**

Los partidos políticos
presentan sus propuestas
en materia de Justicia

Colegio

**PATRIMONIO
CULTURAL**

Poniendo en valor el Fondo
Bibliográfico y Documental
de la Abogacía madrileña

Banco Santander está adscrito al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Para depósitos en dinero el importe máximo garantizado es de 100.000€ por depositante en cada entidad de crédito.

1/6

Este número es indicativo del riesgo del producto, siendo 1/6 indicativo de menor riesgo y 6/6 de mayor riesgo.

Gracias, **autónomos**, por hacer que todo funcione.

Cuenta 1|2|3 Profesional, con todo el apoyo financiero del Santander y del Popular, y atención personal 24h.

Cuenta 1|2|3 Profesional

 **Santander** y **Popular**
 Grupo Santander



Consulta condiciones en bancosantander.es o en bancopopular.es y en cualquiera de sus oficinas.

Digilosofía.  La filosofía digital del Santander.

76

Debate

Tauromaquia: ¿patrimonio cultural o maltrato animal?

76 Andrés Sánchez Magro

78 Paloma Ortiz Toro

80

Periscopio

Uso y abuso de la prisión preventiva

80

¿Se abusa en España de la prisión provisional?

José María de Pablos

82

Un recurso mal aprovechado

José Antonio Vázquez Tain

84

Análisis

84

¿Necesita ser protegido el abogado de su cliente o de terceros?

Antonio Agúndez López

86

Decretos-Leyes: La "excepcionalidad" habitual

Alfonso Cuenca

88

Los retos actuales del Derecho de Familia

Pilar Vilella Llop

92

Las habilidades digitales irrumpen en las facultades de Derecho

Carlos Pérez del Valle

94

Ciento treinta años de Código Civil

Jesús Molina Beltán

98

Ampliación y reconocimiento de nuevos derechos de los animales

Dolores Fernández Campillo

100

Los contenciosos arbitrales contra España en el ámbito de las inversiones en energías renovables

Enrique Fernández Masía

102

Los contratos de crédito inmobiliario

Antonio Alberto Pérez Ureña

104

Brexit: riesgos y oportunidades para la abogacía

Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

106

La crisis de Venezuela y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Jesús Eduardo Troconis Heredia

108

Panel de expertos

Reforma constitucional

5

Queridos compañeros

La Abogacía en la era digital

6

Colegio

Fondo Bibliográfico y Documental

Poniendo en valor el Patrimonio Cultural del ICAM

12

Abogacía en Mayúsculas

Arrendamientos Urbanos

y Propiedad Horizontal

Daniel Loscertales: claves para afrontar la complejidad normativa



18

Análisis

El esperpéntico régimen jurídico actual de los arrendamientos urbanos en España

Alberto Torres López

20

Entrevista

Fernando Jáuregui



"Necesitamos gentes del Derecho que alumbren el camino de la reforma y de la regeneración en nuestro país"

26

Foro Justicia ICAM

26

La Abogacía madrileña organiza por primera vez dos debates para conocer las propuestas en materia de Justicia de los principales partidos políticos

30

Dossier

Derechos digitales

30

Los derechos digitales en la nueva ley de datos. ¿valor simbólico u operatividad real?

Pablo García Mexía

32

En defensa de la neutralidad de la red

Mercedes Fuertes

34

El derecho de acceso universal a internet

Carlos Fernández Hernández

36

El derecho a la seguridad digital

Francisco Pérez Bes

38

Derecho a la educación digital

Rafael Jiménez Asensio

42

Protección de los menores en internet

María Arias Pou

44

El nuevo derecho de rectificación: una amenaza para la libertad de información

Yolanda Quintana Serrano

46

Dudas sobre el derecho a la actualización de informaciones en medios digitales

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva

48

El control de dispositivos digitales en el trabajo, un territorio de borrosas fronteras

Jesús Mercader Uguina

50

El nuevo derecho a la desconexión digital: de la hiperconexión a la apstinencia digital

Raúl Rojas

52

Uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación del sonido en el lugar de trabajo

Javier Puyol

54

El artículo 90 LOPDGD y la tutela de los trabajadores frente a la geolocalización

Marta Alamán Calabuig

56

Derechos digitales laborales y su negociación

Lourdes López Cumbre

58

El papel de los centros educativos en la defensa del derecho de protección de datos de los menores

Laura Davara Fernández de Marcos

62

Motores de búsqueda de internet, cinco años justificando el olvido

Ofelia Tejerina

64

El olvido, un regalo para la memoria

Paula Ortiz López

66

Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes

Eneko Delgado Valle

68

Gestionar el pasado en internet: derecho al testamento digital

Ricardo Oliva León

70

La responsabilidad y el protagonismo de la abogacía ante los derechos digitales

Rodolfo Tesone Mendizabal

74

Hacia la regulación jurídica de los robots

Moisés Barrio Andrés



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

CONSEJO DE REDACCIÓN: Emilio Ramírez, Juan Gonzalo Ospina, Montserrat Pereña y Alfonso Merlos

DISEÑA Y PRODUCE: Lefebvre

© 2018 Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Todos los derechos reservados.

DEPÓSITO LEGAL: M-54116-2008

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de OTROSÍ



MUTUALIDAD ABOGACÍA

Más de 70 años proporcionando tranquilidad y seguridad a los profesionales del mundo del derecho y a sus familias.

Confianza

+ 202.000
mutualistas

Estabilidad

+ 5% rentabilidad
media*

Solidez

+ 7.280 M€
de ahorro gestionado

www.mutualidadabogacia.com
sam@mutualidadabogacia.com | T. 914 35 24 86

*Rentabilidad media del Plan Universal desde su creación en 2005: 5,31 %. Rentabilidad al cierre de 2018: 4,30 %.

LA ABOGACÍA EN LA ERA DIGITAL




José María Alonso Puig
Decano

Los avances imparable de las Tecnologías de la Información y la Comunicación están produciendo, a formidable velocidad, cambios vertiginosos en la sociedad y en las profesiones, y como es natural la Abogacía no ha quedado al margen. Venimos de un tiempo en el que la informática ha tenido una importancia notable en la gestión de despachos y de documentos en las oficinas judiciales. Pero el escenario hoy es cualitativamente distinto.

Recientemente se han aprobado en España leyes que han significado el reconocimiento de derechos digitales; en algunos casos se ha tratado de ampliaciones de derechos detallados en otras leyes; en otros, de traslaciones al entorno digital de derechos fundamentales.

Son numerosos los compañeros que se están volcando en el análisis, desde el campo del Derecho, del impacto que sobre los ciudadanos tienen estas reformas. Precisamente por eso, en el espíritu de publicación rigurosa y viva de OTROSÍ, pegado al correr de los días y de la actualidad, hemos querido poner la lupa en este número sobre la repercusión de la nueva ley de datos o el acceso universal a Internet, sobre la neutralidad de la Red o la seguridad y la educación digital, sobre la protección de los menores en el ciberespacio o el nuevo marco de rectificación como amenaza a la libertad de información, sobre el control de dispositivos móviles en el trabajo o el derecho a la desconexión.

Ante el apogeo de la inteligencia artificial, es ineludible explorar la cobertura jurídica de los robots, como lo es reflexionar sobre los efectos que producen en nuestro consumo de documentación los motores de búsqueda. Asistimos, en fin, a toda prisa, más que a una era de cambios a un cambio de era.

La Junta de Gobierno que tengo el honor de encabezar se marcó desde el inicio de su mandato el objetivo de elevar la voz de la Abogacía y convertirla en un referente para el conjunto de la población ante debates trascendentales. Éste es amplio, complejo y, desde luego, primordial. Es clave que ante las nuevas regulaciones seamos capaces de detectar las que presentan defectos o insuficiencias o, peor, las que no cuentan con garantías precisas. La tarea es de gran calado, y nos concierne. En ella estamos.



Fondo Bibliográfico y Documental

PONIENDO EN VALOR EL PATRIMONIO CULTURAL DEL ICAM

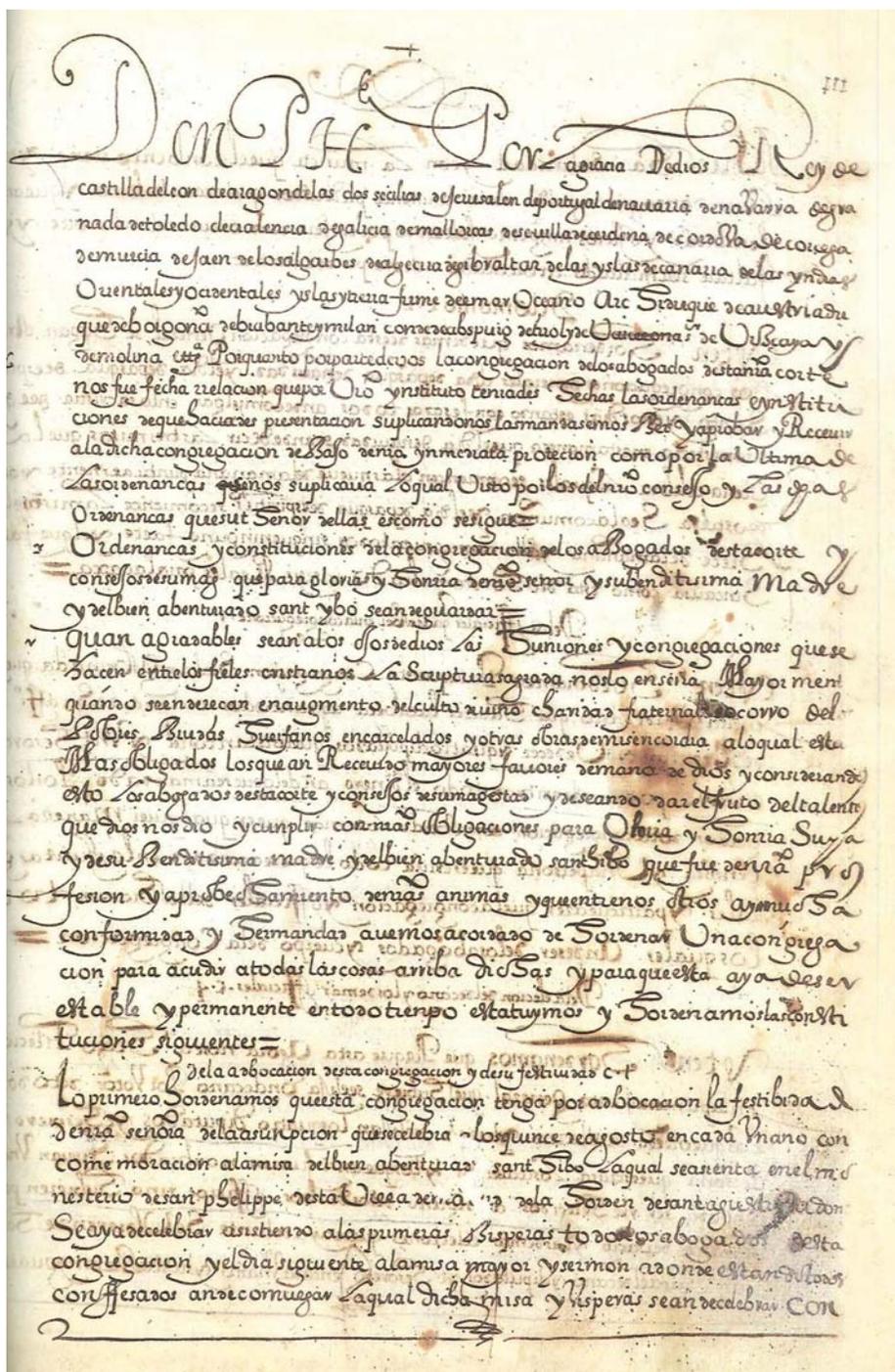
José Mario Barabino Ballesteros

Director de la Biblioteca y del Archivo Histórico del ICAM

El pasado 9 de abril tuvimos la oportunidad de celebrar un acto de gran relevancia para esta ilustre Casa, en especial para su Biblioteca y Archivo Histórico. En el mismo, presidido por nuestro decano José María Alonso Puig con la presencia, entre otros, de la directora de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid, Paloma Sobrini, de la diputada segunda Ángela Cerrillos, y del diputado bibliotecario Emilio Ramírez, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid tuvo la oportunidad de mostrar a la abogacía madrileña, a la comunidad científica, a la sociedad civil en definitiva, el fruto de casi 10 años de trabajo: el Repositorio del Patrimonio Documental del ICAM. En él se hallan representados, en forma de objetos digitales, buena parte del trabajo desarrollado por el Colegio desde su creación hace ya más de cuatrocientos años. Este patrimonio cultural está cons-

tituido por las colecciones de documentos generados por la actividad de la Corporación —que constituyen el patrimonio documental—, los libros reunidos en el Fondo Antigo de la Biblioteca, creada en 1852 —patrimonio bibliográfico—, o los objetos de carácter artístico, cuadros, objetos suntuarios, etc., que posee la institución, y forman parte del patrimonio histórico madrileño, según establece la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid. Como define la UNESCO, el patrimonio cultural «constituye el “capital cultural” de las sociedades contemporáneas».

Esta institución surgida como Congregación de los Abogados de la Corte en las postrimerías del reinado de Felipe II, cuyas Constituciones fundacionales serán aprobadas por Real Provisión de 15 de julio de 1596, imagen



Constituciones fundacionales 1596

y modelo de otras corporaciones similares que surgirán a lo largo del siglo XVIII, afiliadas a la madrileña según sus estatutos de 1732, que durante más de dos siglos fue prácticamente una institución itinerante —pues no tuvo sede fija hasta bien entrado el siglo XIX—, sometida a las circunstancias que el devenir histórico ha deparado, ha sido capaz de obrar el pequeño —o gran— milagro de conservar casi intacto este patrimonio documental,

ministra los registros a Europeana. Baste decir aquí que los repositorios que se crean para guardar los objetos digitales —las imágenes digitalizadas y sus correspondientes metadatos—, se construyen siguiendo un protocolo denominado OAI-PMH (*Open Archive Initiative-Protocol for Metadata Harvesting*), cuya finalidad es permitir el acceso a los materiales en la web por medio de repositorios que, interoperando unos con otros,

con escasas pérdidas, más debidas a la incuria que al lento proceder del paso del tiempo.

Esta historia corporativa llega hoy hasta nosotros a través de la tecnología. Hace ya algunos años, al principio del presente siglo, en el seno de la Unión Europea se formula la denominada *Agenda de Lisboa*, cuya finalidad principal era dinamizar la economía europea a través del desarrollo de la sociedad del conocimiento basada en tres motores fundamentales: la investigación, la innovación y la educación. Desde este marco se impulsaron proyectos como la Biblioteca Digital Europea, Europea —que cumplió diez años en noviembre del pasado año—, cuyo objetivo principal es reunir y salvaguardar el patrimonio cultural ⁽¹⁾ europeo a través de las TICs, en la idea de conseguir «un mundo en el que cada ciudadano tenga acceso a todo el patrimonio cultural», en el que «el acceso sin trabas a la cultura posibilita una transformación positiva y necesaria del mundo en el que vivimos» ⁽²⁾. Con este doble objetivo de difusión del patrimonio cultural colegial, por una parte, y por otra su conservación, abordó el Colegio el proceso de digitalización de su patrimonio documental y bibliográfico. A finales de 2018, Europea contaba ya con casi 60 millones de objetos digitales, de los cuales España aporta en 2018 el 8,6% de los registros (5.000.037). Este Ilustre Colegio contribuye ya con 20.280 registros entre el Archivo Histórico y la Biblioteca Digital Histórica, una vez «recolectados» ⁽³⁾ por Hispana, el «agregador» ⁽⁴⁾ español que su-



La tarea de crear un Repositorio del Patrimonio Documental ha sido un esfuerzo colectivo, que se ha proyectado también en el tiempo, en el que han participado distintas Juntas de Gobierno. Cuando hace nueve años iniciamos este proyecto de la mano de mi antecesora en la dirección de la Biblioteca, Charo García Paredes, no vislumbrábamos el resultado final. Se crearon entonces la Biblioteca Histórica digital y el Fondo Cortina digitalizado que proporcionaron, en un principio, visibilidad a unos recursos patrimoniales desconocidos, salvo para los escasos investigadores que se acercaban al Colegio para su estudio. Contamos también con ayudas externas, pues todas son pocas cuando se trata de empresas que se enmarcan en lo cultural. Gracias a las subvenciones concedidas por el Ministerio de Cultura en 2011 y 2013, en el marco de la *Recomendación de la Comisión Europea de 24 de agosto de 2006 sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*

permitan el intercambio de metadatos, su almacenamiento y publicación, «interoperabilidad que tiene por objeto facilitar la difusión eficaz de los contenidos» ⁽⁵⁾.

Patrimonio Documental

Preservar la historia, la historia corporativa, la vida de nuestra corporación pues, como tuvimos ocasión de mencionar el día de la presentación, los documentos son representación de la actividad humana, constituyen una expresión de la memoria colectiva, fragmentos de vida de un cuerpo social, el de la abogacía madrileña. Nos permiten reconstruir su historia, entender su sentido y finalidad. En su materialidad escrita, pues no debemos olvidar que lo escrito permanece —*scripta manent*—, tienen la virtud de facilitarnos el conocimiento del pasado. Para los letrados —mujeres y hombres de letras en su acepción histórica original— son queridos, objeto de su trabajo, medios de prueba. No hay asunto sin expediente que no deba ser guardado con criterio de utilidad. No es ajeno al abogado el concepto del principio de procedencia, concepto básico de la Archivística moderna.

dentro del marco de la mencionada *Agenda de Lisboa*—, pudimos poner en marcha este proyecto. Posteriormente sería la propia Corporación la que se emplearía a fondo disponiendo de recursos propios para continuar la tarea iniciada. Gracias al impulso de José Manuel Pradas Poveda, diputado bibliotecario de la Junta de Gobierno de Sonia Gumpert, que apostó decididamente por la tarea digitalizadora y procuró los medios necesarios para llevarla a cabo, pudimos dar continuidad a esta labor, hoy culminada con éxito gracias a la Junta que encabeza José María Alonso Puig, con Emilio Ramírez Matos, diputado al frente de la Biblioteca, que supieron entender la entidad de un trabajo de eminente carácter colegial, pues recoge la historia corporativa y trasciende el mero horizonte temporal contemporáneo. Sin el esfuerzo desarrollado estos dos últimos años, no podríamos contemplar hoy la labor realizada, que no acaba aquí, siendo más bien éste el principio de lo que ha de venir, pues la historia del Colegio la construimos día a día.

Desde las Constituciones fundacionales de la Congregación de los Abogados, aprobadas por Felipe II el 15 de julio de 1596, Libros de Actas, Acuerdos y Fiestas, Libros

de Actas de Juntas de Gobierno, Patronatos, Partidas de incorporaciones, Libros de tesorería, Libros de incorporaciones con pruebas de limpieza de sangre, Inventarios de secretaría, Libros del Montepío, Licencias de Matrimonio —prerrogativa ésta de los antiguos decanos—, expedientes de colegiación, Libros de exámenes, etc., se integran en nuestro Repositorio del Patrimonio Documental del ICAM. Colecciones especiales también, que nos permiten conocer la vida y la actividad de los abogados de la segunda mitad del siglo XIX, o de principios del siglo XX como son los Fondos Cortina y Lazcano, los papeles profesionales de Manuel Cortina y Arenzana, ge-

nerados en su actividad como uno de los más eminentes abogados de la segunda mitad del siglo XIX, y decano de esta casa durante más de 30 años, y el Fondo Lazcano, que reúne parte de los papeles personales de Felipe de Lazcano y Setién —abogado, empresario, político—, y también de su padre, el magistrado Pablo de Lazcano y del Valle.

Patrimonio Bibliográfico

Pero no sólo del patrimonio documental consta el repositorio, como hemos dicho, sino también del Patrimonio bibliográfico. De entre los más de 20.000 volúmenes que constituyen el fondo antiguo de la Biblioteca, una selección de 437 obras publicadas entre 1479 y 1852, además del Boletín del Colegio (1917-2008), digitalizado íntegramente, están presentes en el repositorio: entre ellos los seis incunables que posee el Colegio, bibliografía jurídica de los siglos XVI al XIX, entre los que destacan «bartolos», glosadores de las partidas, leyes de estilo, fueros, nueva y novísima recopilación, aquellas obras que, en palabras de nuestro recordado decano Luis Martí, constituyen el «*Corpus iuris*», el "Cuerpo del derecho" que «han sido y son los libros». Casi un millón de imágenes, cerca de 30.000 documentos podemos consultar ya en el repositorio, a través de la página web de la Biblioteca del ICAM.

Dentro de este vasto Fondo Antiguo de la Biblioteca destaca por su singularidad una obra ejemplo de la riqueza de este fondo patrimonial. Me refiero al manuscrito del Ordenamiento de Montalvo, las Ordenanzas Reales de Castilla, compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo (1405-1499), reconocido juriconsulto castellano que desarrollará su actividad como jurista a lo largo del siglo XV con especial incidencia durante el reinado de los Reyes Católicos. Ostentará importantes cargos durante el rei-

Ordenamiento de Montalvo 1480-1485





Biblia. Antonio Koberger. Lion 1518

nado de Enrique IV, será miembro de su Consejo Real, oidor de la Audiencia y de la Chancillería de Valladolid, asistente y juez comisario de la ciudad de Toledo (1462-1463), o corregidor de Madrid en 1473. Su participación en importantes obras jurídicas de la época, como los *Comentarios al Ordenamiento de Alcalá*, el *Repertorio de Derecho* o la *Segunda Compilación de Leyes*; y la *Glosa de las Siete Partidas*, le proporcionarán una reputada fama como jurista, cuya culminación será el Ordenamiento que lleva su nombre. Realizado entre 1480 y 1483, conocerá su primera publicación en letras de molde en 1484, fecha de la impresión del primer incunable conocido del manuscrito, publicado en Huete por Álvaro de Castro.

Una hipótesis verosímil

El códice BICAM S.15-00001 —así lo denominamos por su signatura topográfica—, fechado entre 1480 y 1485, es una obra manuscrita, realizada en letra cortesana de códice, con capitulares bellamente decoradas en letra gótica libraria. Destaca especialmente la página que antecede a la parte dispositiva, profusamente ornamentada, en la que destacan los motivos de carácter nobiliario, representando las armas de los Reyes Católicos. Encuadernado en piel, en estilo mudéjar de época, poco sabemos de su llegada a la Biblioteca. Gracias al trabajo de investigación llevado a cabo por el personal del Archivo Histórico del Colegio, por Martín Palomero, técnico del archivo y Daniel Moya, becario, pudimos despejar dudas sobre la datación, características del soporte —papel y vitela—, tipología de las letras empleadas, encuadernación, etc. Solo existe otro ejemplar manuscrito de este Ordenamiento, guardado celosamente en la Biblioteca de El Escorial. Pero el ejemplar del Colegio, a diferencia del escurialense, está profusamente decorado, realizado para ser utilizado posiblemente como un regalo. Esto ha permitido a nuestros investigadores arrojar una hipótesis, no por arriesgada menos verosímil: hasta ahora se ha pensado que el ejemplar de El Escorial, el manuscrito Z-II-3 había sido la copia presentada a los Reyes. El acabado, la nobleza de los materiales utilizados, la rica ornamentación, y la encuadernación de estilo mudéjar, hacen de nuestro ejemplar el más adecuado para ser obsequiado a sus Católicas Majestades. Queda aquí abierta la puerta para futuras investigaciones sobre este manuscrito del que también puede disfrutarse ahora a través del repositorio. La Junta de Gobierno entendió con claridad que un ejemplar facsimilar de este Ordenamiento podría cumplir un doble objetivo: sacar a la luz una obra de significada rareza, y convertirse en el regalo institucional que una Corporación como el ICAM necesitaba para sus relaciones institucionales. Fruto de esta iniciativa es la edición llevada a cabo por la editorial Thomson Reuters con el patrocinio del Banco de Santander.

denamiento podría cumplir un doble objetivo: sacar a la luz una obra de significada rareza, y convertirse en el regalo institucional que una Corporación como el ICAM necesitaba para sus relaciones institucionales. Fruto de esta iniciativa es la edición llevada a cabo por la editorial Thomson Reuters con el patrocinio del Banco de Santander.

Mujer y Derecho

Por último, dentro de esta celebración del patrimonio cultural del Colegio, también presentamos el día 9 de abril la muestra de fondos del patrimonio bibliográfico que nos acompañará a lo largo de todo el año en el patio de la Biblioteca y con la que hemos concurrido por tercer año consecutivo a *La Noche de los Libros*, organizada por la Comunidad

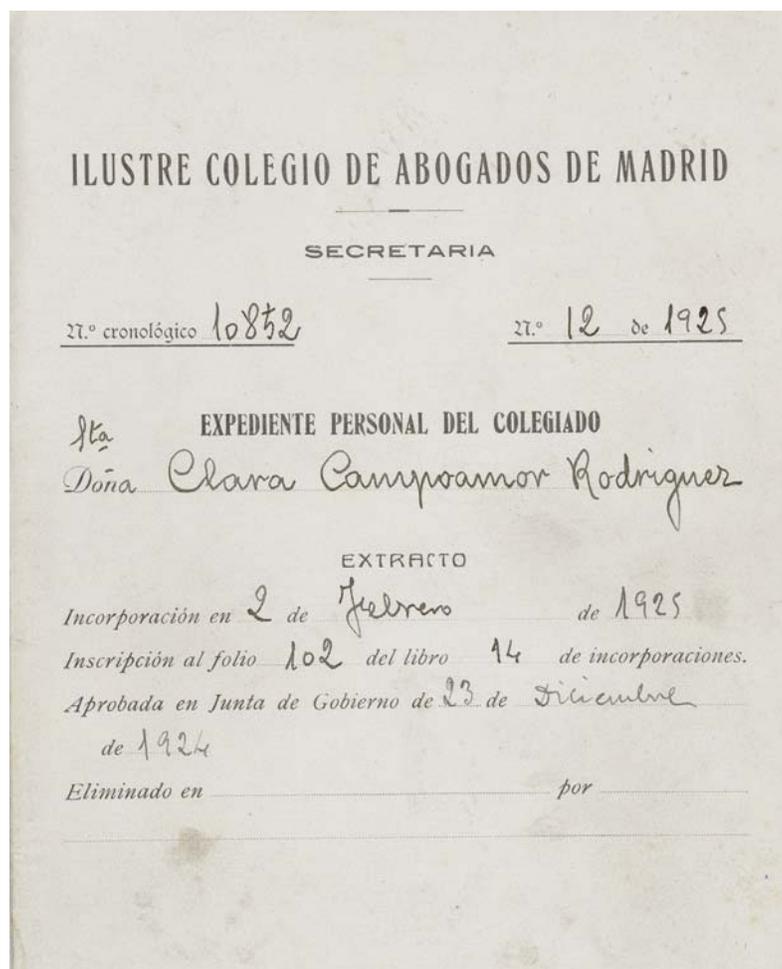
de Madrid. Se trata de la exposición titulada «Mujer y Derecho: la cuestión femenina en la Biblioteca del ICAM». Coordinada por la Unidad Técnica Bibliotecaria, y con la participación de todas las secciones de la Biblioteca del Colegio, presenta una selección de obras desde el siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX, que reflejan el estado de la cuestión de la temática de la mujer en el ámbito del derecho y su repercusión en la sociedad. Asuntos como la igualdad cobran especial significado cuando se contemplan a la luz de la evolución del pensamiento jurídico y su traslación a la sociedad. Especial significación para el Colegio tiene el espacio dedicado a las primeras colegiadas en la corporación madrileña, Victoria Kent, Clara Campoamor, Matilde Huici, Carmen Cuesta del Muro, Concha Peña Pastor o Carmen López Bonilla, incorporadas al Colegio entre 1925 y 1930, que lo pudieron hacer gracias al cambio estatutario obrado en 1920, que facultaba a las mujeres para poder ejercer la abogacía.

El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid se constituye en una institución pionera en el mundo de los colegios profesionales, en cuanto al tratamiento de su patrimonio cultural, patrimonio bibliográfico y documental, que hoy nos enorgullecemos de poder ofrecer a la abogacía madrileña, a la comunidad científica, y en definitiva, a la ciudadanía, a cualquiera que tenga la curiosidad suficiente para acercarse a la historia de una Corporación cuatro veces centenaria.

NOTAS

(1) ESTRATEGIA de contenidos de Europeana: contenidos adecuados para el usuario en el momento justo. Traducción al español de Europeana Content Strategy, Marzo 2017.

<https://pro.europeana.eu/post/europeana-content-strategy>



Expediente de Clara Campoamor 1925

- (2) Op. cit.
- (3) Por recolección se entiende específicamente la recogida de los metadatos de una serie de repositorios distribuidos en un almacén de datos combinados
- (4) Lector o recopilador de contenidos. FUNDEU. Disponible en: <https://www.fundeu.es/escribireninternet/lector-de-contenidos/>
- (5) OAI para principiantes - tutorial en línea del Open Archives Forum. Disponible en: <http://travesia.mcu.es/portalanb/jspui/html/10421/1823/page1.htm>



Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal

Daniel Loscertales: claves para afrontar la complejidad normativa

El diputado tercero de la Junta de Gobierno, Eugenio Ribón, conversa con el jurista y Colegiado de Honor del ICAM sobre una de las materias jurídicas de mayor actualidad

Eugenio Ribón: Dicen los lingüistas que las mayúsculas tienen por finalidad otorgar valor a un nombre propio, y si queremos otorgar valor a una disciplina jurídica como los Arrendamientos Urbanos, o la Propiedad Horizontal, el nombre propio es el de Daniel Loscertales, un jurista en mayúsculas. Abogado en ejercicio y Colegiado de Honor del ICAM, fue el promotor del Boletín del Colegio desde el año 96 hasta el 2008. Autor de incontables libros, conferenciante capaz de impartir tres conferencias en tres provincias distintas el mismo día. Por estas

razones es merecida Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, así como Cruz al Mérito en el Servicio de la Abogacía.

Daniel Loscertales: Perdona, yo creo que aquí venimos a hablar de arrendamientos urbanos.

E. R: Bueno, pues tenemos probablemente la situación más compleja en los últimos años relativa a los arrendamientos urbanos. Déjanos las pinceladas iniciales.

D. L.: Hablar de arrendamientos urbanos es totalmente complejo porque hay seis leyes aplicables con periodos distintos, dependiendo de la fecha que tenga el contrato, y con unas duraciones y unas condiciones completamente diferentes. Entonces, lo primero que tiene que mirar un profesional es la fecha del contrato para saber qué norma tiene que aplicar.

E. R.: ¿Qué duraciones podemos tener en estas leyes, para que nos hagamos a la idea?

D. L.: Los contratos antiguos que estaban vigentes cuando salió la Ley 29/94 están como estaban, es decir, hasta que se mueran [los arrendatarios] y además con derecho hasta dos subrogaciones. Luego tenemos la ley de 1985, el llamado Decreto Boyer. Esa Ley hablaba de libertad de pactos en todos los sentidos. Lo que pasa es que hay jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que la libertad de pactos no puede contemplar el arrendamiento, digamos, con prórroga forzosa, porque va en contra del propio Código Civil.

En la Ley 29/94, donde la duración es de 5 años, vienen todas las disposiciones transitorias para apli-

car la Ley del 64, pero con la aclaración, que lo dice, que lo que no se haya modificado sigue vigente a la Ley del 64. El que tenga un contrato de aquella fecha, es el texto refundido del 64 lo que se aplica.

E. R.: Entonces, contratos sujetos al año 64, un tipo. Contratos sujetos al Decreto Boyer del año 85, segundo tipo. Contratos del año 94, tercer tipo. Y nos quedan tres más.

D. L.: Nos quedan la Ley 4/2013, que tiene un plazo de tres años, y otras dos más: el Real Decreto 21/2018, que ha quedado derogado, y el Real Decreto 6/2019, que es ahora mismo lo vigente, pero solamente para los contratos hechos a partir del 6 de marzo.

Una cosa con la que yo estaba absolutamente en contra de la Ley 4/2013 se ha rectificado en el último RDL volviendo a lo que ya preveía la Ley del 94: han vuelto a poner que la ejecución hipotecaria o la compraventa no significa que se resuelva el contrato de arrendamiento, por lo menos el plazo de cinco años se mantiene. Eso ha sido un acierto, volver a la defensa del arrendatario que cumple.

El problema está en que los contratos que se hicieron en los 20 días de vigencia del RDL 21/2018, que no fue convalidado en las Cortes, se rigen por esa normativa, y ahí son cinco años para las personas físicas y siete si el arrendador era persona jurídica.

E. R.: Yo no sé si esto es bueno o malo para la sociedad, pero a los abogados no les va a faltar trabajo con seis tipos.

D. L.: Evidentemente no les va a faltar trabajo, lo que pasa es que no sé lo que va a durar este Real Decreto Ley, impugnado ante el Tribunal Constitucional por 50 diputados que han presentado recurso porque no se dan las circunstancias que establece el artículo 86.1 de la Constitución Española, de extraordinaria urgencia y necesidad.





Daniel Loscertales
Abogado
Colegiado de Honor del ICAM

E. R: El abuso del Decreto Ley.

D. L.: Exactamente. Es decir, ¿había que cambiar los arrendamientos urbanos? Bueno, no lo sé, pero esa extraordinaria necesidad yo creo que no existía y, por tanto, si el TC dice que no vale volveremos otra vez a la ley antigua. Es un auténtico problema.

E. R: Existe también mucha confusión en lo referido a los distintos tipos de contrato. Arrendamiento turístico, arrendamiento de temporada, arrendamiento residencial... ¿alguien se aclara?

D. L.: No, y yo tampoco. El art. 148,3 de la CE atribuye, en cuanto al turismo, la competencia a las Comunidades Autónomas, pero el Estado tiene, según la propia Constitución, competencia para regular en todo el territorio aquellas cosas que son competencia de las CCAA. Lo ha hecho a través de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que marca unas normas, por ejemplo, el art. 5 e) establece que el arrendamiento turístico será aquel que sea de vivienda completa y se publicite como turístico. El problema está en que el Gobierno no quiere parar a las CCAA, y cada CCAA está dictando unas leyes

diferentes, y también lo están haciendo los ayuntamientos, aunque no tienen competencia. Toda esa normativa propia y que diverge entre LAU, legislación de la CCAA y del Ayuntamiento, puede acarrear sanciones para el propietario.

E. R: Sanciones durísimas.

D. L.: Tremendas. El problema es que, en el régimen contencioso administrativo, para recurrir tienes que depositar el dinero y no hay prácticamente aún resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia. En Baleares, que es una zona absolutamente turística, no hay ninguna resolución del TSJ de Baleares al respecto.

E. R: Tras el decreto famoso de 9 de abril del año 2019, ¿qué tipo de control urbanístico de las viviendas de uso turístico vamos a tener en Madrid?

D. L.: Pues la verdad es que esa es la gran incógnita que existe. Porque la Comunidad de Madrid dictó un Real Decreto en 2014, modificado con un Decreto de 2019, y para colmo el Ayuntamiento de Madrid sacó una Ordenanza a los dos días de este nuevo Decreto. Parece ser que algunas asociaciones van a recurrir tanto una cosa como la otra, porque el Ayuntamiento no puede poner algo que sea contrario a lo que ha determinado la Comunidad. Entonces, si yo ahora tuviera un piso que no reúne los requisitos que me marcan [para ser considerado turístico] el Ayuntamiento de Madrid o la Comunidad de Madrid, pues no es turístico, es de temporada según marca el art. 3 de la LAU, con lo cual puedo arrendarlo siempre que no lo anuncie como "apartamento turístico".

E. R: ¿Se han cargado las viviendas turísticas en Madrid?

D. L.: Nadie lo sabe. Si hacemos caso al Ayuntamiento de Madrid, sí; si no se hace caso al Ayuntamiento de Madrid, no. Pero, en cualquier caso, lo que no puede evitar el Ayuntamiento de Madrid es que se arriende por temporada.

E. R: En algunas CCAA se regula al detalle que el apartamento de uso turístico para conceder la licencia tiene que tener un portarrollos de papel higiénico de determinadas condiciones, que es lo que pasa en el Decreto de Castilla y la Mancha,

creo recordar, y sin embargo dejamos sin regular lo gordo.

D. L.: Sí, lo que pasa es que no cumplen con la norma estatal. Ahora mismo hay un Real Decreto, que es la norma estatal, y dice qué es un arrendamiento turístico. Eso lo tienen que admitir y aceptar todas las CCAA, pero hacen lo que les da la gana.

E. R.: ¿Y qué tipos de acuerdos puede adoptar una comunidad de propietarios frente al fenómeno de los apartamentos turísticos?

D. L.: La Ley misma te lo expone en el artículo 17,12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en el sentido de que, con el consenso de tres quintos de propietarios y de cuotas, se puede determinar impedir el arrendamiento turístico. Ese acuerdo no tiene efectos retroactivos. Pero aquí hay un problema gordo: donde está la Ley, cabe la trampa.

E. R.: Ahí es donde más atención prestan los abogados.

D. L.: No es solo cuestión de tomar el acuerdo por la comunidad de propietarios, es que ese acuerdo tiene unos requisitos. Primero, tiene que ir al notario para que haga la escritura para que tenga acceso al registro. Hay que comunicar a los ausentes de manera fehaciente para saber si dicen sí o no. Ha

habido ya tres resoluciones de la DGRN que han echado para atrás acuerdos de la comunidad por unanimidad. Yo lo que propongo en ese caso concreto es que se cambie de alguna manera la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, para que el acuerdo de la comunidad se pueda inscribir en el Registro con carácter preventivo.

E. R.: ¿Y el ciudadano dónde queda? Porque hay personas en este país que no son abogados.

D. L.: Es que tienen que ir a un abogado. Es como si me dices tú "me tienen que cortar la pierna"; pues tendrás que ir a un médico. Yo lo que aconsejo es que necesariamente se acuda a un abogado, porque si es complejo para los profesionales, imagínate para alguien sin formación jurídica.

E. R.: Otra de las cuestiones que nos plantean a veces compañeros y clientes son las excepciones, que no están claras. Por ejemplo, la causa de necesidad, ¿vale una expresión genérica, como pueda ser "por necesitarlo alguno de mis hijos"? ¿Qué recomiendas tú?

D. L.: En la Ley del 94 y en la Ley 4/2013 (que para mí fue la peor en ese sentido), hubo que hacer una reforma para determinar que no hacía falta ponerlo en contrato, es decir, cuando naciera la necesidad, tú la pedías. En el RDL 7/2019 pone que tiene que



incluirse en el contrato, con lo cual es una complicación, porque yo no sé lo que me va a pasar en cinco años. La norma dice por necesidad (por divorcio, separación, el cónyuge, por hijos etc.). Mi consejo es hacer una descripción amplia de las posibles causas de necesidad y añadir "y similares".

E. R: Más problemas: las garantías extraordinarias que se están exigiendo a la hora de arrendar. ¿Cabe también el exigir otro tipo de fianza o garantía adicional?

D. L.: Yo tengo el siguiente criterio: hay que ser equitativo. De todas maneras, lo que no puede ser es que lo máximo que le puedas pedir a un arrendatario sea una fianza de un mes y luego un complemento de dos como máximo, porque, sabiendo lo que son los juzgados y lo que cuesta iniciar un procedimiento, si vas por desahucio por falta de pago puedes estar un año o año y pico esperando. Entonces, si solo te han permitido tres meses, evidentemente tú pierdes una cantidad importante. Yo aquí, a pesar de lo que diga el art. 36, que ha modificado el nuevo RDL, creo que respecto a lo que pone de la fianza o del aval podría valer incluir una cláusula que dijera, si avala un tercero, que responde



solidariamente de todos los daños y perjuicios que cause el arrendatario, sin hablar de aval ni de fianza.

E. R: Para dejarlo abierto con toda la amplitud del mundo.

D. L.: Eso es.

E. R: En los procedimientos de desahucio hay una cuestión también clave, la vulnerabilidad. ¿Qué se entiende por vulnerabilidad?

D. L.: En primer lugar, el cambio de la LEC ha hecho varias cosas, una de ellas buenísima: se ha modificado el art. 246,1 6) de la LEC para que los juicios se lleven de acuerdo con su cuantía, porque hasta ahora cualquier tema que no fuera el desahucio por falta de pago o desahucio por expiración del término había que ir por juicio ordinario. Ahora, que cuando el arrendador requiere, el juez tenga que comunicárselo a los Servicios Sociales para que digan si existe vulnerabilidad o no, la primera pregunta es: si existe, a mí, como arrendador, ¿qué me importa? Yo no soy el que tiene que solucionar el problema, será la Administración, y partiendo de la base de que no han calificado qué es vulnerabilidad, es un concepto a valorar en cada momento por la administración pública. Con lo cual, y yo tengo experiencia personal desgraciadamente, puede tardar este informe 8 meses. Si un juicio normal, en Madrid, tarda 8 meses, la comunicación a los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid puede demorar ése juicio por falta de pago muchísimo.

E. R: Según tu experiencia, ¿se les ha dotado a los servicios sociales de medios suficientes para atender estas peticiones?

D. L.: Mi información es que no. Siempre se habla en los proyectos del art. 47 de la CE, que establece que todo español tiene derecho a una vivienda digna, pero eso se lo dice al Estado; el art. 33, que nunca lo ponen, dice que todos tenemos derecho a la propiedad privada. O sea,

Eugenio Ribón
Diputado tercero de la Junta
de Gobierno del ICAM



si yo compro una casa con mi esfuerzo, para invertir, para mis hijos o para cuando me jubile, ¿qué pecado he cometido?, ¿dónde he defraudado a alguien?

E. R: ¿Y qué pasará con los índices de referencia de los precios del alquiler? ¿Cómo ves la posible implantación?

D. L.: Cuando vengan, vendrán, ya veremos, eso se lo han quitado de en medio como han podido. Pero ahora es el IPC. En el proyecto de Ley en el que yo participé, que se presentó en las Cortes el año pasado, había la posibilidad de que los ayuntamientos pudieran fijar zonas concretas y determinar los límites de los alquileres, no obligatoriamente, de forma orientativa. Si el arrendador los aceptaba se podía

descontar la diferencia en el IRPF. Esto me parecía muy bien, pero desde el Ministerio de Economía se opusieron porque esto suponía una pérdida económica tremenda para el Estado. Cataluña ha publicado unos índices del precio del alquiler que ya sé que se van a impugnar frente al TC.

E. R: La limitación de precios, ¿funciona en otros países o en otras ciudades?

D. L.: Sí, pero todo va unido a la fiscalidad. A mí me parece perfecto que el Estado intente conseguir viviendas para todos los necesitados, pero si yo, que soy un buen ciudadano, acepto lo que me está diciendo el Estado, o el Ayuntamiento, alguna compensación tengo que tener y la prueba es precisamente lo que sucede en otros países.

EL ESPERPÉNTICO RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN ESPAÑA

Hacia un nuevo Texto Refundido y un nuevo Título IV en el Libro IV de la LEC



Por Alberto Torres López

Abogado.

Director Jurídico de Sepín.

Presidente de la Sección de Arrendamientos Urbanos, Propiedad Horizontal e Inmobiliario del ICAM

No hace muchos días analizando los distintos contratos de arrendamiento de un edificio en el centro de Madrid, un colega extranjero se sorprendía de que se aplicasen cuatro regímenes jurídicos distintos a los contratos existentes, sin perjuicio de las asumidas especialidades de los locales. Su asombro se multiplicó exponencialmente cuando le comenté que en los últimos meses teníamos en España otros dos nuevos que añadir a los arrendamientos de vivienda, por lo que la fecha pasa a ser, ahora más que nunca, el elemento esencial de todo contrato.

A saber, y refiriéndonos exclusivamente a los arrendamientos de vivienda: **1º.**- El D. 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el T.R. de Arrendamientos Urbanos, todavía vigente para gran número de los contratos conocidos como de renta antigua. **2º.**- El R.D.Ley 2/1985, de 30 de abril de Medidas de política económica; popularmente llamado "Decreto Boyer" en recuerdo del entonces Ministro de Economía y Hacienda, aplicable a los contratos celebrados entre 9/5/1985 y el 31/12/1994, con toda la complejidad además de la posterior Disp. Trans. Primera de la LAU. **3º.**- La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; que es la de mayor consenso de nuestra democracia, aplicable a los celebrados entre el 1/1/1995 y el 5/6/2013. **4º.**- La Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de flexibilización y fomentos del mercado del alquiler de viviendas que modifica la LAU; de aplicación a los contratos firmados entre el 6/6/2013 y 18/12/2018, pero que al no convalidarse el R.D.L. 21/2018, también se aplica a los celebrados entre el 24/1/2019 y el 5/3/2019. **5º.**- Este citado R.D.Ley 21/2018 de 14 de diciembre, de Medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; que quedará en la memoria de todos por su falta de convalidación por el Congreso de los Diputados, pero que sin embargo es plenamente aplicable a los contratos celebrados entre el 19/12/2018 y el 23/1/2019 y **6º.**- El R.D.Ley 7/2019, de 1 marzo, de igual nombre que el anterior e igualmente modificador de la LAU, pero con importantes cambios normativos, aplicable a los contratos celebrados con posterioridad al 6/3/2019.

"Dada la precipitación y escasa reflexión de las reformas posteriores a la LAU del 94, provoca un cierto temor pedir al legislador que elabore un Texto Refundido, máxime si comprobamos por ejemplo la complejidad de las Disposiciones Transitorias de la LAU del 94 que tantos quebraderos de cabeza nos han dado a todos"

Dada la precipitación y escasa reflexión de las reformas posteriores a la LAU del 94, provoca un cierto temor pedir al legislador que elabore un Texto Refundido, máxime si comprobamos por ejemplo la complejidad de las Disposiciones Transitorias de la LAU del 94 que tantos quebraderos de cabeza nos han dado a todos, habiendo tenido que ser el Tribunal Supremo el que, yendo incluso un poco más allá de la labor que le atribuye el Art. 1.6 del Código Civil, haya solventado gran parte de las controversias. Asumo la carga ideológica que siempre trae consigo esta materia y que el péndulo ahora vuelve de nuevo hacia la protección del arrendatario, sin embargo, desde un punto de vista exclusivamente técnico, el panorama legislativo actual en el ámbito de los Arrendamientos Urbanos hace necesario que, sin prisa pero sin pausa, se acometa dicho Texto que solvete las importantes deficiencias existentes y que merecen la pena revisar.



Similar reflexión exige la legislación procesal en este ámbito. Las modificaciones introducidas por el R.D.Ley 7/2019, de 1 marzo, son bien intencionadas, pero su redacción es deficiente técnicamente.

Resulta positivo sin duda que pueda acudir al juicio que corresponda por razón de la cuantía, cuando ésta pueda determinarse, pues se permite que los innumerables arrendatarios que reclaman la devolución de sus fianzas, no tengan que acudir al juicio declarativo ordinario consecuencia de la reserva por razón de la materia que impone el Art. 249.18º LEC, pero ello exige aclarar los Arts. 250.1.1º y 251.9º o, por qué no, acabar con la citada reserva procedimental que tan poco aporta y tanto confunde.

Igual ocurre con la participación de los Servicios Sociales, que no son una novedad pues ya fueron introducidos por la Ley 5/2018, de 11 de junio, sobre Ocupación ilegal de viviendas. Su intervención es necesaria, pero las disposiciones que la regulan están deficientemente redactadas. No tiene sentido que no se fije un plazo al arrendatario para que acuda a dichos Servicios, ni a estos para que aprecien y comuniquen al Juzgado que nos hallamos ante una situación de vulnerabilidad. El legislador, como tantas otras veces, se halla lejos de la realidad social y olvida que los Servicios Sociales carecen en la actualidad de los medios precisos para desarrollar su labor y que la mayoría de los desahucios se tramitan en rebeldía de los demandados, se hallen o no en situación de vulnerabilidad, por lo que muchos de ellos van a quedar fuera igualmente de dicha protección, salvo que, como ocurría hasta ahora, se suspenda el lanzamiento cuando se observe por el

funcionario del correspondiente Juzgado alguna de estas situaciones. No resulta difícil presagiar un enorme retraso en gran número de lanzamientos

Independientemente de lo anterior, que ya de por sí justifica una revisión de la última reforma, conviene recordar que las cuestiones referidas a los juicios de desahucio aparecen totalmente dispersas a lo largo de la LEC, de forma tal que más de 20 preceptos recogen especialidades referidas a este tipo de procedimiento que van desde la demanda, notificaciones y citaciones, vista, enervación, cuantía, recursos etc. Esta circunstancia unida a que tras la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, convirtió a los juicios de desahucio por falta de pago en un híbrido entre un Verbal y un Monitorio, hacen recomendable la agrupación de toda su regulación, que podría perfectamente efectuarse en el Libro IV de la LEC de Los Procesos Especiales, creando un nuevo Título IV, específicamente dedicado a los mismos, con el objeto de dotar de mayor claridad su regulación. En este nuevo Título podrían agruparse las distintas modalidades de desahucios, ya sean de fincas urbanas o rústicas, por falta de pago y expiración del término legal o contractual, e incluyendo también todos aquellos que acumulen la reclamación de rentas o cantidades debidas por el arrendatario, así como los derivados de la ocupación ilegal de viviendas.

En definitiva, desde un punto de vista estrictamente jurídico, dado el caos legislativo actual y las importantes deficiencias técnicas observadas, se hace preciso, con el debido sosiego y reflexión, acometer una reforma profunda en esta materia que redunde en beneficio de la tutela judicial efectiva.



Fernando Jáuregui

**"NECESITAMOS GENTES DEL DERECHO
QUE ALUMBREN EL CAMINO DE LA REFORMA
Y DE LA REGENERACIÓN EN NUESTRO PAÍS"**

Autor de cerca de una veintena de libros, el veterano periodista Fernando Jáuregui ha recogido en un volumen de 424 páginas la historia de los juristas que contribuyeron decisivamente a la construcción democrática de nuestro país. En 'Los abogados que cambiaron España. 80 años de historia de los letrados y juristas que contribuyeron a la democracia (1939-2019)', editado por Almuzara, Jáuregui también resalta el decisivo papel de los colegios de abogados en la lucha por la recuperación de las libertades.

¿Cómo ha evolucionado la figura del abogado en la propia sociedad y de cara a la opinión pública en los 80 años que recoges en el libro?

El abogado ha pasado de ser un héroe público, un héroe de la resistencia y de las libertades a ser un defensor de los intereses privados. Todo eso dentro de un contexto: el abogado ha sido siempre un elemento clave para las libertades, para hacer avanzar la democracia. La verdad es que, los ochenta años que yo contemplo de historia de la abogacía son muy fructíferos para la imagen de los abogados.

El libro arranca en 1939. Ante la falta de pluralismo, los abogados, como el resto de ciudadanos, se dividen entre franquistas y antifranquistas. ¿Qué papel juegan y cómo evolucionan unos y otros?

El libro se llama "Los abogados que cambiaron España" y por tanto no le dedico la más mínima atención a los abogados que no querían cambiar España. Los abogados franquistas eran mayoría, por supuesto. Entre otras cosas, tenemos que tener en cuenta que la mayor parte de los abogados antifranquistas, cuando termina la Guerra Civil, ya no pudieron ejercer más, por unas razones o por otras. A algunos los fusilaron, otros se murieron de hambre en las cárceles y la mayoría fueron inhabilitados para ejercer su profesión. Sobrevivir en aquella época manteniendo tu condición y tu ejercicio como abogado era muy difícil.

Estamos hablando de una época de barbarie. Sin más. En las guerras la principal víctima es siempre la verdad; la segunda, el derecho. Tras la guerra civil española el derecho sufrió muchísimo, no había un sistema que se pudiese considerar ni equitativo ni jurídico siquiera, era simplemente la barbarie porque sí.

Uno de los objetivos del libro era rendir un homenaje a esos héroes, gente que a pesar de eso sobrevivió y mantuvo muy alto el pabellón de las libertades. Merecen nuestro homenaje y nuestro reconocimiento.

¿Quiénes son estas personas?

Durante la primera época de la posguerra son básicamente comunistas, que tienen el mandato de los dirigentes del partido para que actúen como abogados donde puedan, para que busquen los resquicios que sean. Y ahí están por ejemplo la figura de María Luisa Suárez Roldán, que se ha muerto hace poco; la figura de Antonio Montesinos; Gregorio Ortiz Ricoll, un hombre muy importante que fue salvajemente torturado en las dependencias de la Dirección General de Seguridad; Solé Barberá, un hombre que tendría luego una carrera larga como diputado. A ellos se unen también algunos socialistas, como José Federico de Carvajal, por ejemplo, que luego fue presidente del Senado.

"El abogado ha pasado de ser un héroe público, un héroe de la resistencia y de las libertades a ser un defensor de los intereses privados. Todo eso dentro de un contexto: el abogado ha sido siempre un elemento clave para las libertades, para hacer avanzar la democracia "

"La verdad es que, los ochenta años que yo contemplo de historia de la abogacía son muy fructíferos para la imagen de los abogados "



¿Qué papel juega la abogacía institucional en esos años?

Tenemos que hablar del papel fundamental de los Colegios de Abogados en la lucha de las libertades. Si no entendemos eso, no habremos entendido nada que tenga que ver con la recuperación de las libertades. Los abogados, después naturalmente de los trabajadores manuales y, si se quiere, de las asociaciones vecinales, son los que de verdad están rompiendo con las estructuras del régimen, y ya a finales de los años 40 el Colegio de Abogados consigue nada menos que dotarse de un sistema de elección democrática interna. Y a partir de ese momento los Colegios de Abogados van a ser un baluarte de libertades, donde se van a hacer elecciones, donde se van a producir discusiones y debates fundamentales de cariz político, donde hay grupos de colegiados organizados que van a ir abriendo puertas. Y luego también están los despachos laboristas, que muchos de ellos se organizan desde los debates en los Colegios. Es decir, el papel de los Colegios de Abogados es clave. Eso hay que entenderlo para estudiar no la historia de la abogacía, sino la historia de España, la historia de las libertades, la historia de la recuperación de la democracia.

¿Dirías que los Colegios se organizan en esa época con autonomía, con independencia y con libertad?

Los Colegios de Abogados tienen más facilidades que otros Colegios profesionales para organizarse con cierta libertad. El Colegio es un centro de debate, el único espacio donde de verdad se discutía de política más allá de los reductos del franquismo, sobre todo en los de Madrid y Barcelona. Desde los Colegios es desde donde la generalidad de los abogados rompe con el régimen, incluso los que estaban con el régimen rompen con las estructuras del régimen. Así como suena. Es muy importante el papel que juegan los Colegios.

Una persona que concita todas las adhesiones y la admiración transversal es el decano Pedrol. ¿Qué significado tiene para ti esta figura?

Pedrol es un caso irrepetible, para todo. Era un señor no demasiado simpático, nada influenciado, marmóreo, que de ninguna manera se apartaba del camino que tenía trazado. Y allí donde iba defendía siempre la causa de los abogados, que era su causa. Él no tenía más causa que la de los abogados. Y no hablo solamente de una defensa corporativa, que también, hablo de que él creía que el abogado tiene que tener una mayor presencia social en un país como España. Mayor presencia social significa que el término abogado debería aparecer en la Constitución, y él, siendo senador, consiguió que el término abogado apareciese tres veces en la Constitución, y para bien. Y consiguió unos avances corporativos, y desde el punto de vista de la dignidad de los abogados, tremendos.

El actual decano del ICAM, José María Alonso, ha reivindicado siempre una mayor presencia de la abogacía en la sociedad civil. ¿Ha perdido la profesión esa influencia en el ámbito de lo público que apuntas en el libro?

Creo que tiene razón el decano del Colegio de Madrid cuando dice que el mundo de los abogados tiene derecho, y deber, de ejercer una mayor influencia social. Porque al final quien administra las leyes es el mundo de los juristas, y por tanto los abogados. Si tú eres el administrador de la evolu-

ción de las leyes, que al final es lo que nos rige a todos, tienes por fuerza que tener una mayor presencia en la sociedad. Y, de hecho, quienes administran nuestra representación casi siempre vienen del mundo del derecho. Todos los presidentes del Gobierno, menos el actual y el breve interregno de Leopoldo Calvo Sotelo, han sido abogados. Los hombres que hicieron evolucionar la política durante el siglo XIX, por ejemplo (las calles madrileñas están llenas de sus nombres), eran abogados.

Yo creo que deberíamos encomendar un poco más nuestra representación a juristas, pero juristas independientes, que tuviesen voz, y no sé si voto incluso, a la hora de dilucidar algunas de las grandes controversias jurídicas que tenemos ahora. Porque España vive en una perpetua controversia jurídica. Sobre la prisión provisional, sobre quién debe instruir las causas, sobre casi todo. Más que a los políticos, se les debería escuchar a los juristas, a ver qué opinan. Es verdad que los juristas no siempre opinan de la misma manera, como es lógico, pero eso también es parte de la grandeza política de un país, que haya una controversia jurídica sobre temas controvertidos.

En el libro destacas algunos nombres propios, por ejemplo, la figura del recientemente fallecido Pérez Llorca

Hay un momento determinado, cuando se produce la muerte de Franco y empieza la andadura hacia la transición, en el que son los juristas los que ocupan el papel fundamental en esa evolución. Hay una serie de gentes que, bajo el bastón de Adolfo Suárez, dan la vuelta al Estado como un calcetín en apenas 11 meses. Se cargan toda la estructura del movimiento, aprueban la Ley de Reforma Política, promulgan una amnistía, hacen una nueva legislación penal, civil incluso, profundas reformas en el derecho administrativo... Realmente lo que se produce allí es brutal. Hay cinco años, digamos, el quinquenio prodigioso, en los que España cambia, y el país dictatorial y centralista que fue durante 40 años se convierte en un país democrático y descentralizado.

En ese quinquenio prodigioso destacan nombres como Pérez Llorca, Miguel Herrero, Miquel Roca i Junyent, Martín Retortillo, Ortega Díaz-Ambrona, García de Enterría, Laudelino Lavilla... que son capaces de pactar la reforma con socialistas como Tomás de la Cuadra, Fernando Ledesma o Gregorio Peces-Barba. Gracias a ese impulso y a ese consenso, que más valdría que estudiásemos un poco para estos tiempos, el país se convierte en una de las vanguardias de la democracia. Ése es el papel de los abogados que cambiaron España.

Cuando se habla de los políticos de la transición, quizás se olvida que la gran mayoría era gente del mundo del derecho, que tenían unas herramientas y unos conocimientos jurídicos muy importantes

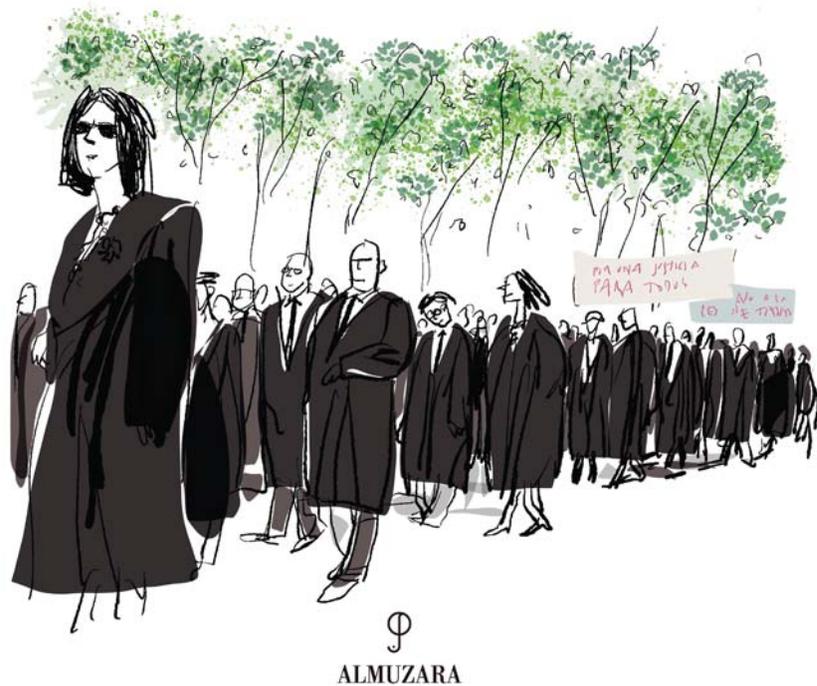
Y que hicieron un sacrificio personal grande, desde el punto de vista incluso económico, a favor del servicio público. Eran muy buenos ju-

"Tenemos que hablar del papel fundamental de los Colegios de Abogados en la lucha de las libertades. Si no entendemos eso, no habremos entendido nada que tenga que ver con la recuperación de las libertades"

FERNANDO JÁUREGUI

LOS ABOGADOS QUE CAMBIARON ESPAÑA

Ochenta años de historia de los letrados y juristas que contribuyeron a la democracia (1939-2019)



ristas, que estaban ocupando ya puestos muy destacados en empresas privadas. Yo creo que no estaría de más tampoco que, en este tiempo, a algunos juristas destacados que están ganando mucho dinero, y muy legítimamente, se los repescase para la vida pública. Yo siempre he dicho que, si gente como Antonio Garrigues hubiese sido primer ministro en este país, otro gallo nos hubiera cantado. Necesitábamos y necesitamos gentes del derecho, desapasionadas y no egoístas, que alumbren el camino de la reforma y de la regeneración que hace mucha falta en nuestro país.

En el libro también te haces eco de algunos episodios especialmente traumáticos, como la matanza de los abogados laboristas de Atocha

El papel que jugaron los despachos laboristas en defensa de los más desprotegidos, que eran los trabajadores, fue muy importante. Y el papel que jugaron en la organización de movimientos clandestinos, también. Ahí yo entiendo que, en algún momento, alguien, más allá del régimen, agentes de ultraderecha, pensaron que había que organizar una muy gorda y la organizaron. ¿Qué pasó? Pues que salió el tiro por la culata.

Lo que ocurrió en el despacho de Atocha 55 fue un revulsivo importantísimo para la imagen de los abogados. A partir de ese momento, la imagen de los abogados demócratas —y la imagen del Partido Comunista, que fue el que organizó la manifestación de duelo en Las Salesas— creció. Yo creo que ahí es donde se dio cuenta el gobierno de Suárez de que no quedaba más remedio que legalizar el PC.

Hay otro tema que está saltando de página en página que es la violencia de ETA. Haces una historia de la transición, de la abogacía, ¿y ETA por qué aparece aquí?

ETA aparece porque es un fenómeno al que la clase jurídica no puede sustraerse. Es el principio de la antijuridicidad, de la arbitrariedad, el asesinato sin ningún de tipo de razón. Hay un momento en el que la abogacía se divide. Hay una parte que dice “nosotros somos defensores y tenemos obligación de defender”, y hay una parte que dice “no, nosotros los crímenes terroristas no los defendemos”. Ése es un debate muy interesante en el que incluso los abogados comunistas dicen, en un momento dado, “nosotros a terroristas no los vamos a defender”, frente a otros movimientos, que estaban a la izquierda del PC, y a la derecha incluso, que sí van a defenderlos. En el momento del juico de Burgos esa contradicción se pone de manifiesto. Allí hubo un movimiento de cierta unidad, pero luego se rompió y, cuando el proceso de 1975, con los

últimos fusilamientos del franquismo, los abogados comunistas y socialistas ya no quieren defenderlos, ni a los del FRAP ni a los de ETA.

Mirando al futuro, ¿cuál es el papel que debería jugar la abogacía de ahora en adelante?

Lo primero que no puede hacer la abogacía es dar por sentado que la realidad va a ir siempre tan por delante de las leyes, no puede ser que estemos viviendo una situación permanentemente inédita desde el punto de vista legal como la que estamos viviendo.

¿En qué sentido?

El abogado ahora ya no puede no ser un experto en internet y en el mundo de las redes, o en determinadas materias económicas muy complicadas, por ejemplo, en materia fiscal. El abogado ya no puede ser como en mis tiempos cuando estudiábamos en la facultad, que sabíamos un poco de todo pero al final salíamos sin saber casi nada de nada. Ahora ya no, hay que especializarse mucho, el abogado casi tiene que tener otra carrera paralela en distintas materias. Y de la misma manera que estamos pidiendo a estudiantes de distintas materias que se preparen porque el 60% de ellos van a tener que desempeñar trabajos que todavía no se han inventado, a los abogados tenemos que decirles lo mismo: "usted va trabajar en campos desconocidos que todavía ni siquiera se han inventado". Porque, ¿quién le iba a contar a usted que tendría que ser un experto en la fabricación o programación de videojuegos?, por ejemplo, o en tantas otras cosas. El abogado tiene que entender que no va a tener nada que ver el ejercicio de su profesión dentro de cuatro años con lo de ahora, como no tiene nada que ver lo de ahora con hace cuatro años. Yo lo que achaco a la abogacía en estos momentos es que no es lo suficientemente radical abrazando este futuro que se nos echa encima a todos.



¿Hacia dónde se dirige el mundo del derecho?

Creo que estamos en una polémica muy seria, sobre todo en países como España, sobre qué tipo de derecho es el que nos compete aplicar. Hay dos hipótesis: la ley por encima de todo, es decir, "hágase la ley y perezca el mundo", frente al "aplíquese la ley para que no perezca el mundo". Y para que no perezca el mundo, a lo mejor resulta que hay que acudir mucho más a la jurisprudencia que a la ley, porque la ley siempre se queda vieja. Hay que recordar, por ejemplo, que en algún país nórdico las leyes solamente tienen un año de vigencia, y después cambian porque se supone que la coyuntura ya no es la misma. Entonces, tenemos que adaptarnos a esa nueva mentalidad. En España todavía somos muy de "aplíquese la ley por encima de todo": *Dura lex, sed lex*. Pues no, mi concepto es *Summa lex, summa iniuria*.

LA JUSTICIA, A DEBATE EN EL COLEGIO

LA ABOGACÍA MADRILEÑA ORGANIZA POR PRIMERA VEZ DOS DEBATES
PARA CONOCER LAS PROPUESTAS EN MATERIA
DE JUSTICIA DE LOS PRINCIPALES PARTIDOS POLÍTICOS



El debate sobre la situación de la Justicia en la Comunidad de Madrid, moderado por la periodista Verónica Sanz (en el centro de la imagen), contó con la participación de Alicia Gómez (Más Madrid), Juan Trinidad (Cs), Yolanda Ibarrola (PP), Pilar Llop (PSOE), Jacinto Morano (Unidas Podemos) y José María Figaredo (VOX)

Los participantes contaron con cuatro minutos para intervenir en cada uno de los cinco bloques temáticos en que se estructuró el debate, además de la presentación inicial y el minuto de oro

LA JUSTICIA A DEBATE EN EL COLEGIO



La Consejera de Justicia de la Comunidad de Madrid, Yolanda Ibarrola; la periodista y presentadora Verónica Sanz; y la Delegada del Gobierno contra la violencia de género y nº 2 en la lista del PSOE para el Ayuntamiento de Madrid, Pilar Llop, en un momento del debate



Los participantes debatieron sobre cuestiones como los recursos humanos y materiales en la justicia, medidas para garantizar la independencia judicial o la concentración de los órganos judiciales



El decano José María Alonso dio la bienvenida a las más de 120 personas que se dieron cita en el Patio de la Biblioteca del Colegio en vísperas de los comicios municipales y autonómicos



En vísperas de las elecciones generales, el Colegio celebró un debate sobre la situación de la justicia en España con la participación de María Jesús Moro, diputada del PP en las tres últimas legislaturas y portavoz en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; Juan Carlos Campo, magistrado y ex vocal del CGPJ, diputado del PSOE en las dos últimas legislaturas y portavoz en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; Victoria Rosell, juez en excedencia y candidata de Unidas Podemos al Congreso por Las Palmas; Alejandro Ruiz, abogado y secretario de Organización de Ciudadanos en Castilla-La Mancha; y Pedro Fernández, vicesecretario jurídico de Vox que ejerce la acusación particular en el juicio del 'procés' y cabeza de lista al Congreso por Zaragoza



Vista panorámica de la Biblioteca del Colegio durante el debate sobre el estado de la Justicia en España celebrado el 22 de abril

LA JUSTICIA A DEBATE EN EL COLEGIO

De izquierda a derecha, los participantes en el debate Pedro Fernández (VOX), María Jesús Moro (PP), Juan Carlos Campo (PSOE), Victoria Rosell (Unidas Podemos) y Alejandro Ruiz (Cs) posan junto al decano José María Alonso y la presidenta del CGAE, Victoria Ortega (en el centro)



Los representantes del PP, PSOE, Unidas Podemos, C's y Vox abordaron asuntos como la independencia judicial o la modernización de la justicia

Victoria Ortega, Yolanda Ibarrola, José María Alonso y Antonio Viejo, entre los asistentes al debate sobre el estado de la Justicia celebrado en el Colegio



LOS DERECHOS DIGITALES EN LA NUEVA LEY DE DATOS. ¿VALOR SIMBÓLICO U OPERATIVIDAD REAL?

Por **Pablo García Mexía**
Of Counsel, Ashurst LLP
Letrado de las Cortes



El de los derechos digitales es sin duda el aspecto más novedoso, casi podríamos decir creativo, de la reciente Ley orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que los regula en su título X.

Un primer aspecto, de mucha relevancia, opera a modo de pórtico: los derechos de los que las personas disfruten *offline* regirán también sus actividades en línea. Una afirmación que entronca con lo que, como mínimo desde 2012, se venía afirmando en otros textos sobre esta materia, muy señaladamente el elaborado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Es un claro acierto, pues el ciberespacio no puede ser excusa para privar a nadie de sus derechos (como tampoco de sus obligaciones): Internet no es el Far West.

Aunque la LOPDGDD sigue una sistemática distinta, me parece útil clasificar los derechos previstos en este Título X conforme a una lógica temporal.

Derechos preexistentes

Tendríamos así derechos preexistentes, en tanto que presentes ya en otras normas:

- Neutralidad de la red y acceso a Internet, ambos en la normativa europea sobre comunicaciones electrónicas, y muy singularmente en el reglamento UE que configura aquélla desde 2015.
- Seguridad en el uso de Internet, derivado de la Constitución (art. 18.3 CE), e igualmente del mismo Reglamento UE 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD) y de la propia LOPDGDD, en cuanto desarrolla este último.
- Protección de los menores en el uso de Internet, entre otras previstos en la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, aunque también el propio Código Penal, en especial a partir de 2015.
- Libertad de expresión en la red, por supuesto consagrada en el artículo 20 CE.

*“Un primer aspecto, de mucha relevancia, opera a modo de pórtico: los derechos de los que las personas disfruten *offline* regirán también sus actividades en línea. Una afirmación que entronca con lo que, como mínimo desde 2012, se venía afirmando en otros textos sobre esta materia, muy señaladamente el elaborado por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”*

- El que podríamos llamar derecho de "portabilidad activa" de los datos personales, que supone la posibilidad de obtenerlos en formato digital de un determinado proveedor de Internet para su reutilización, y que el RGPD consagra.

- Y el derecho al olvido, en búsquedas (surgido de la sentencia europea Google c. España e incluido a resultas en el RGPD); e incluso el que se crea para redes sociales, pues entiendo que el derecho de supresión del RGPD basta para cubrir todos los supuestos a que éste se refiere.

Derechos "seminuevos"

Un segundo bloque sería el de los derechos que podríamos calificar como "seminuevos", pues lo que la LOPDGDD hace al respecto no es otra cosa que sistematizar líneas jurisprudenciales bien asentadas a lo largo de los últimos lustros. Se trata de todos los relativos al ámbito laboral, con la excepción del de desconexión digital y del que prevé la posibilidad de mejorar tales derechos laborales por la vía de la negociación colectiva. Más concretamente, esos derechos "seminuevos" son los siguientes, estando todos ellos referidos a la intimidad:

- Intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, con sus pertinente pautas generales.
- Intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.
- E intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.

Derechos nuevos

Las verdaderas novedades que en materia de derechos aporta esta Ley radican en los siguientes derechos, éstos sí del todo nuevos:

- Educación digital, enfocada a la protección del usuario de Internet, en particular si es menor de edad, pero también a la asunción por su parte de conductas responsables en su utilización.
- Rectificación en redes sociales y medios de comunicación digitales, que traslada al ámbito *online* el régimen sobre derecho de rectificación de la Ley orgánica 2/1984.
- Actualización de informaciones en medios de comunicación digitales.
- Desconexión digital, a efectos de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el descanso y la intimidad del trabajador y del empleado público.
- Las mencionadas mejoras potenciales mediante negociación colectiva.

- El testamento digital, que instrumenta la propia LOPDGDD en su artículo 3, y que ya había establecido en España la Ley catalana de voluntades digitales de 2017.

- Y el muy interesante derecho de "portabilidad pasiva" de los datos personales, en cuanto faculta al interesado a instar de los proveedores de Internet en posesión de sus datos a que sean ellos mismos quienes los trasladen digitalmente a otros proveedores preseleccionados por el propio interesado.

Dice el clásico adagio anglosajón que "las garantías preceden a los derechos". El Título X LOPDGDD dispone solo dos, y muy genéricas, una dirigida al poder ejecutivo y otra apoyada en las potestades del legislativo: la primera obliga a Gobierno y Administración a elaborar políticas de impulso (aunque solo sobre acceso a Internet y protección de menores); la segunda exige también a la Administración la elaboración de un informe anual, que ha de debatirse en la Comisión competente del Congreso de los Diputados.

Cierto que los derechos preexistentes cuentan con las garantías previstas en sus respectivas normas de cabecera. Y los "seminuevos" con las establecidas en el Estatuto de los trabajadores y normas concomitantes. Los derechos nuevos aquí creados carecen en cambio de toda garantía adicional a las dos, bien tenues, recién citadas (con la sola excepción del testamento digital, cuya violación se prevé en esta Ley como infracción leve y por tanto sancionable como tal).

No es fácil (ni en ocasiones barato) crear derechos "con dientes", dotados de verdaderas garantías. Menos aún en una norma que entró en vigor más de medio año después del momento en que debió hacerlo (el de aplicación directa del RGPD) y que no es sino una ley sobre protección de datos; éste, por importante que sea, es por otro lado uno solo de los derechos del entorno digital.

Qué duda cabe que una declaración que pretende proyectar en el ámbito digital nuestros derechos y libertades, siendo ése un ámbito ya del todo indisoluble del mundo *offline*, habría exigido más reflexión y un acomodo específico en una ley ad-hoc (cuando no, y esto lo reconoce la propia LOPDGDD, una reforma constitucional). Lo que de momento tenemos es pues una tabla de derechos redundantes e igualmente de derechos nuevos, pero éstos huérfanos en su casi totalidad de verdadero respaldo legal, una tabla pues en gran medida simbólica, más que de operatividad real.

Forzoso es sin embargo darle la bienvenida, sin que su vocación, eso sí, deba interpretarse en clave de estabilidad, sino en la de mero estadio intermedio hacia una tabla de derechos digitales autónoma y, sobre todo, dotada en su integridad de sólidas garantías, las que el mundo digital exige hoy.

EN DEFENSA DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED



Por Mercedes Fuertes

Catedrática de Derecho Administrativo
y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

Los avances tecnológicos y las diversas posibilidades de servicios y negocios en el entorno digital están generando profundos cambios sociales. Presenciamos, sin duda, otras sorprendentes transformaciones. Nuevas actuaciones y relaciones que habrán de anotarse en el papel pautado del Derecho. Porque en la Red ha de imperar el Derecho. Resulta frustrante, además de muy perturbador, que tantas conquistas jurídicas que han impulsado positivas garantías para el libre desarrollo de la personalidad, así como para el adecuado desenvolvimiento de la sociedad, estén en riesgo.

Dos son los basamentos firmes sobre los que construir el Derecho del ciberespacio y las telecomunicaciones: que Internet sea abierta y que la Red sea neutral. Tales caracteres configuraron el origen de Internet y facilitaron su espectacular expansión. Su mantenimiento es conveniente para seguir favoreciendo la innovación. Hay, además, otros argumentos para insistir en estas ideas. El más importante: resulta indispensable defender una Internet abierta y neutral porque, en caso contrario, estaríamos poniendo en peligro la

protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos. Y, a la larga, la civilización que disfrutamos.

"Resulta indispensable defender una Internet abierta y neutral porque, en caso contrario, estaríamos poniendo en peligro la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos. Y, a la larga, la civilización que disfrutamos"

Sabemos que la Ley orgánica de protección de datos reconoce el derecho a la neutralidad (art. 80). No obstante, hay que advertir que otro texto jurídico resulta mucho más relevante: el Reglamento de la Unión Europea que tiene el número 2021 y fecha de 25 de noviembre de 2015. Consagra los derechos de acceso a la información, a su distribución, a suministrar aplicaciones y servicios, a utilizar las terminales que elijamos, al mismo tiempo que fija las normas comunes para garantizar el tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet.

Contamos, por consiguiente, con un reconocimiento de la libre elección para navegar por Internet, algo similar a la defensa que hace siglos mantuvieron los juristas –obligado es el recuerdo de la Escuela salmantina y de Hugo Groccio– a favor de la libertad de navegación por los mares. La neutralidad es muy similar a esa libertad de navegación. Por ello, quizás como esa libertad, conozca

su debilitamiento pues son varias las tensiones existentes.

Así, del mismo modo que en el mar mucho dicen los Estados ribereños o las grandes compañías que se consolidan y arbitran la navegación, algunos Estados quieren bloquear y controlar el tráfico por Internet. También grandes empresas de telecomunicaciones influyen sobre el acceso a específicos contenidos y servicios. Son los nuevos y poderosos señores feudales que pretenden establecer sus reglas y encauzar el tráfico.

El citado Reglamento europeo establece que las empresas han de tratar todo el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, sin restricciones o interferencias con independencia de quién sea el emisor y el receptor de la comunicación, prescindiendo del contenido, de las aplicaciones o servicios utilizados, de los equipos y aparatos. Las empresas no pueden –y aquí parece que escuchamos la retahíla del notario de la opereta “El Muriólagos” de Strauss hijo– bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir, degradar contenidos, aplicaciones o servicios concretos. Ello tiene lógicamente algunas excepciones, las razonables de todo Estado de Derecho: la necesidad de cumplir las leyes y sentencias judiciales, preservar la integridad de las Redes y evitar una inminente congestión.

Es con relación a esta última mención, que permite la gestión del tráfico, donde pueden presentarse riesgos que planten las semillas de la desigualdad entre los ciudadanos, lesionen los derechos fundamentales y, con ello, crezcan plantas que generen una densa jungla donde empiece a perecer el Estado social y democrático de Derecho.

Las empresas pueden y deben gestionar el tráfico. Es su misión. Pero esa gestión no puede conducir, por ejemplo, a bloquear servicios de voz sobre el protocolo de Internet o retrasar algunas transmisiones de empresas competidoras. Ni tampoco, con el fin de determinar cierta preferencia, violar la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones.

Vuelvo aquí a recordar nuestra tradición jurídica. En concreto, la figura del servicio público.

Internet es más que un servicio público. Internet es el medio para el adecuado desenvolvimiento de muchos servicios públicos. Por ello, la gestión del tráfico ha de ser neutral y objetiva, ha de respetar los principios de proporcionalidad, razonabilidad y no discriminación; y



las autoridades públicas han de precisar unas “obligaciones mínimas de servicio” de las empresas que garanticen, en todo caso, la igualdad de oportunidades de los ciudadanos además de impedir que tal gestión afecte o incida en los derechos fundamentales o en las libertades públicas.

El Organismo europeo que conforman todas las autoridades nacionales con responsabilidades en el ámbito de las telecomunicaciones (BEREC son sus siglas en inglés) ha fijado algunos criterios que sirven de interpretación a la hora de atender los conflictos sobre la neutralidad. También la Comisión Europea en un reciente informe (COM 2019, 203, de 30 de abril) considera que se aprecian ciertas mejoras: se han reducido los bloqueos de algunos servicios o se ha mejorado la calidad de las conexiones. No obstante, se es consciente de las diferencias existentes entre los Estados miembros y de las tensiones entre las empresas competidoras.

En consecuencia, ha de estarse alerta y mantener esa “lucha por el Derecho”. Y para ello ha de insistirse en acabar con los mercados fragmentados existentes entre los Estados miembros de la Unión Europea, en facilitar las inversiones en el ámbito de las telecomunicaciones, en asegurar con firmeza el desarrollo abierto de Internet y la neutralidad de la red. La libertad e igualdad de los ciudadanos y de las empresas está en juego. Nos lo advirtió Rousseau. Conviene, por ello, releer su “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”.

EL DERECHO DE ACCESO UNIVERSAL A INTERNET



Por Carlos Fernández Hernández

Responsable de contenidos, Diario La Ley Ciberderecho

En su contenido esencial el art 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPDGDD), establece que: 1) "Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica" y 2) que "se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población".

Este precepto pone de manifiesto, con toda claridad, la relevancia que ha cobrado Internet en nuestra sociedad. Como destaca Vinton Cerf, uno de sus creadores, en menos de cuarenta años se ha convertido en una infraestructura global que integra prácticamente todas las tecnologías de la comunicación que ha inventado el hombre. Por ello, añade, su capacidad para facilitar el intercambio de información y las interacciones personales a gran escala, la han convertido en algo único en la historia.

Y es que, como ha apuntado Moisés Barrio, "la cosmópolis virtual ha entrado plenamente en la vida cotidiana y ahora permea todos los aspectos de la sociedad moderna", de forma que todos los días millones de personas, organizaciones, instituciones públicas, corporaciones y empresas emplean el ciberespacio "para comunicarse, recabar o intercambiar información, producir o adquirir conocimientos, conducir negocios, distribuir contenidos digitales, construir la participación política y social, o incluso gobernar o ejercer influencia".

Por ello, como ha puesto de manifiesto Artemi Rallo, "su omnipresencia en el comportamiento individual y colectivo le otorga el merecimiento de su consideración como un auténtico servicio público sin el cual el riesgo de exclusión social está servido".

No es de extrañar por ello que desde hace ya algunos años, expertos como Pablo García Mexía vinieran

considerando que la importancia que ha cobrado esta tecnología basta "para propugnar el acceso a Internet como un auténtico derecho ciudadano, autónomo respecto de cualesquiera otros derechos y libertades". O que otros como Moisés Barrio hayan proclamado que el acceso universal a Internet es "un nuevo derecho fundamental de la persona", una condición para su pleno desarrollo individual y social y una "condición instrumental para el ejercicio de otros derechos".

Un derecho no tan nuevo

De hecho, nuestro país fue uno de los pioneros en garantizar a los ciudadanos el derecho de acceso a Internet. La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, incluyó entre las obligaciones de servicio público que establecía la de un "servicio universal" o "conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible" (art. 23). Ya en su redacción original esta garantía incluía "una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas", conexión que también debía permitir comunicaciones de datos "a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet".

Posteriormente, la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, incluyó en su art. 3 el derecho de los usuarios finales a obtener "una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, que posibilite el acceso funcional a Internet ... con independencia de su localización geográfica, a un precio asequible y con una calidad determinada".

Cinco años después, el art. 25 de la vigente Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, incluyó

en citado concepto de "servicio universal" la garantía para todos los usuarios finales de una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas que permita "realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet" precisando una velocidad "en sentido descendente de 1 Mbit por segundo" (velocidad que a su vez podrá ser actualizada por el Gobierno "de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica", las condiciones de competencia en el mercado y teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios).

Por ello, su reconocimiento por la Ley Orgánica 3/2018 no constituye propiamente la institución de un nuevo derecho fundamental. Máxime si se tiene en cuenta que la Disposición final primera de esta ley, rebaja al rango de ley ordinaria el contenido de este artículo (al igual que hace con los artículos 79, 80, 82, 88, 95, 96 y 97 de este mismo Título X). Algo que ha dado pie a Moisés Barrio a poner de relieve que "al no tratarse de un derecho fundamental, sino meramente legal, su eficacia práctica es mucho más limitada y por el momento sólo está desarrollada a través del servicio universal de comunicaciones" al que nos hemos referido anteriormente.

Contenido del derecho

Con todo, el art. 81 de la LOPDGDD atribuye varias características relevantes a este derecho.

En primer lugar es un derecho que se reconoce indistintamente a todas las personas, por el mero hecho de serlo y con independencia de su condición. No es un derecho limitado a los españoles ni a los residentes en nuestro país, sino atribuido a cualquier persona.

En segundo lugar el contenido de ese derecho se traduce en un mandato específico (debe entenderse que a los poderes públicos), para que "garanticen" (es decir, aseguren y protejan de la necesidad de) un acceso "universal" (es decir, a todos, sin excepción), y además asequible y de calidad (es decir, adecuada a su finalidad) y, además, no discriminatorio.

Especificaciones para diferentes colectivos y sectores sociales

Tras esa declaración general y con un evidente afán por precisar el alcance de la norma, evitando cualquier riesgo de discriminación la aplicación del derecho, el artículo introduce una serie de pautas concretas para su aplicación en relación

con: a) las mujeres ("El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral"); b) las personas mayores ("El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores"); c) las personas con necesidades especiales ("El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales") y d) las personas que se encuentran en entornos rurales ("La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales").

A estas previsiones antidiscriminatorias cabría añadir también el principio de neutralidad de internet, derecho de los usuarios reconocido en el artículo 80 de la Ley y que se traduce en que "Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos".

Las políticas de impulso de los derechos digitales

Para concluir este breve comentario es importante destacar que el art. 97 de la LOPDGDD establece que el Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con la finalidad, entre otros objetivos, de "superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet".



EL DERECHO A LA SEGURIDAD DIGITAL



Por Francisco Pérez Bes

Secretario General del Instituto Nacional de Ciberseguridad

I. La seguridad

La seguridad es un derecho constitucionalmente reconocido, tal y como muestran los artículos 17.1 y 51.1 de la Carta Magna. En relación con tal derecho, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, en clara armonía con las Estrategias nacionales de Seguridad y de Ciberseguridad, considera la seguridad como la base sobre la cual una sociedad puede desarrollarse en libertad y prosperar, siendo garantía de estabilidad y buen funcionamiento de sus instituciones.

Y es que el legislador es consciente de que la evolución tecnológica en la que nos encontramos desde hace años, y que ha derivado en un alto grado de dependencia tecnológica, ha puesto en jaque a la seguridad. En este mismo sentido, también preocupa que cualquier tecnología pueda verse afectada por incidentes que, de alguna manera, puedan poner en peligro la seguridad de las comunicaciones electrónicas. Quizás este sea el motivo por el que la Estrategia de Seguridad Nacional llega a afirmar con rotundidad que “en gran medida, la tecnología ha premiado la interconectividad en detrimento de la seguridad”.

Esto nos lleva a afirmar, como primera conclusión, que la seguridad digital es uno de los principales retos a los que se enfrenta la sociedad conectada.

II. Derecho a la seguridad digital

En el ámbito de la protección de datos personales, el artículo 82 de la Ley 3/2018, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales recoge lo que se denomina “derecho a la seguridad digital”. Este artículo se enmarca dentro del título X de la LOPDGDD, en el que se acomete la tarea de reconocer y garantizar a los ciudadanos un elenco de derechos digitales conforme al mandato establecido en la Constitución.

En particular, el citado artículo reconoce a los usuarios de Internet un derecho a la seguridad de las comunicaciones, a la vez que establece un deber de información a los ISP, en el siguiente sentido:

Los usuarios tienen derecho a la seguridad de las comunicaciones que transmitan y reciban a través de Internet. Los proveedores de servicios de Internet informarán a los usuarios de sus derechos.

En lo que se refiere a la seguridad de las comunicaciones, ya el Considerando 39 del Reglamento General de Protección de Datos afirmaba que el tratamiento que se haga de datos personales debe hacerse de un modo “que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas” de tales datos, lo que incluye cualquier tipo de actuaciones dirigidas a impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento.

En este mismo sentido el Considerando 83, al tratar la evaluación de riesgos en relación con la seguridad de los datos durante su tratamiento, afirma que las medidas que el responsable o el encargado aplique para mitigar dichos riesgos deben garantizar un nivel de seguridad adecuado, incluida la confidencialidad. Y se refiere, a modo de ejemplo, al cifrado de la información como una práctica efectiva a tal fin.

Así pues, podríamos afirmar que el objeto de protección de este derecho a la seguridad digital incluye tres aspectos o dimensiones, como son: la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de las comunicaciones.

a) Confidencialidad

Tratándose de comunicaciones (digitales en este caso que aquí nos ocupa), debemos acudir al artículo 18.3 de la Constitución Española, el cual contempla el secreto de las mismas cuando afirma que se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de



las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Desde un punto de vista de seguridad de la información, entendemos por confidencialidad la restricción de acceso a la información, de manera que sólo puedan acceder a aquella aquellos que están debidamente autorizados.

b) Integridad

Por integridad entendemos aquel estado en el que la integridad permanece inalterada y tal y como el emisor la originó, esto es, sin manipulaciones externas.

c) Disponibilidad

Por disponibilidad entendemos aquella situación en la que se encuentra la información, de manera que pueda estar accesible cuando así sea requerido por cualquier persona con derecho a acceder a ella.

III. Derecho a la información

Como señalábamos anteriormente, la segunda parte del artículo 82 de la LOPDGDD reconoce un derecho del usuario a recibir información de su ISP en relación con la seguridad de las comunicaciones.

El artículo 12 bis de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comer-

cio electrónico (LSSI) ya venía regulando una obligación de información similar, haciendo recaer en los prestadores de servicios de acceso a Internet la obligación de informar a sus cliente, de manera fácil, directa y gratuita, de una serie de aspectos técnicos relacionados con la seguridad de las comunicaciones (entre otros, protección frente a virus informáticos, spam y programas espía, control parental...) y con las medidas de seguridad que tiene implementadas.

En relación a esta facultad de información, el artículo 33 de la LSSI ha diseñado un sistema por el cual el destinatario de los servicios digitales podría dirigirse en cualquier momento a los órganos competentes de las Administraciones Públicas en materia de sociedad de la información, circunstancia que se mantiene y que se refuerza con la aplicación del citado artículo 82 de la LOPD.

Asimismo, también la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones incluye este derecho del usuario de recibir información. En particular, en su Capítulo V, donde se recogen una serie de derechos del usuario entre los cuales se encuentra el derecho a recibir información, veraz, suficiente, transparente y comparable sobre los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

Así las cosas, a modo de conclusión podemos afirmar que la inclusión de un derecho a la seguridad digital en la LOPD no supone un aspecto novedoso, aunque sí supone un refuerzo a la tendencia que se viene siguiendo por parte del legislador durante estos últimos años (especialmente en la normativa de protección de datos y en la de protección de las redes y sistemas), donde se exige al intermediario, en este caso al ISP, una obligación de transparencia más intensa en materia de protección de la información para con el usuario, que permita lograr el objetivo de desarrollar una cultura de ciberseguridad con el ciudadano.

Este objetivo ya venía recogido en la antigua estrategia de ciberseguridad de 2013. Y la nueva de 2019 lo incluye en su Objetivo 3 (y más concretamente en su línea de acción 4), donde dice que *se promoverá la ciberseguridad para garantizar la privacidad y protección de datos personales dentro del marco de los derechos digitales del ciudadano acorde con el ordenamiento jurídico, promoviendo la protección de la «identidad digital».*

Mientras que la medida 5 de esta misma línea de acción contiene un objetivo claramente alineado con el artículo 82 de la LOPDGDD, como es el de promover el compromiso de los Proveedores de Servicios de Internet y de Servicios Digitales para mejorar la ciberseguridad, aspecto crucial para el desarrollo de la sociedad del mañana.

DERECHO A LA EDUCACIÓN DIGITAL



Por Rafael Jiménez Asensio

Consultor Institucional/Catedrático de Universidad acreditado

La nueva Ley de Protección de Datos Personales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, en lo sucesivo LOPDGDD) contiene una regulación adicional a lo que las dos normas precedentes regulaban. En efecto, además de adaptar la normativa interna en materia del derecho fundamental de protección de datos personales al Reglamento General de Protección de Datos (en lo sucesivo, RGPD), recogió un amplio catálogo de *derechos digitales*, entre los cuales se encuentra uno de particular relevancia para el incierto escenario que se abre con una revolución tecnológica que está llamando a la puerta, y que exigirá reforzar las competencias digitales de quienes intervengan como profesorado o alumnado en el sistema educativo de los años venideros: *el derecho a la educación digital*, regulado en el artículo 83 de la LOPDGDD.

Realmente, la citada regulación es más declarativa que otra cosa, pero no por ello menos importante. Prevé, en efecto, que el sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y que el aprendizaje del uso de los medios digitales sea seguro, así como respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales y los derechos fundamentales, con especial atención a la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Incluye, asimismo, la previsión de que, dentro del diseño de las asignaturas

de libre configuración, se incluirá "la competencia digital" y los "elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC". Se recoge, igualmente, la directiva de que, a tal efecto, "el profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria",

así como que, en los planes de estudio de las titulaciones universitarias encaminadas al desempeño profesional del profesorado en la formación de los alumnos, se garantizará esa formación. Y se añade, por último, la regla siguiente: los temarios de las pruebas selectivas a los cuerpos superiores docentes incorporarán "materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y la protección de datos personales".

Partiendo de esta regulación, la disposición final décima de la propia LOPDGDD incorpora una modificación puntual de la Ley Orgánica 6/2006, de 3 de mayo, de Educación. Allí se incluye una nueva letra h) al artículo 2.1. Así, dentro de los fines que orientan el sistema educativo, se añade expresamente el siguiente: "La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y garantía de la intimidad individual y colectiva".

"Realmente, la citada regulación es más declarativa que otra cosa, pero no por ello menos importante. Prevé, en efecto, que el sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital"

¿Es suficiente esta regulación para hacer frente a los innumerables retos que la revolución tecnológica presenta en el ámbito de la Administración educativa? La respuesta a esta cuestión es muy rápida: sencillamente, no. De hecho, el tema, pese a su aparente actualidad, no es ni mucho menos nuevo. La Comisión Europea, dentro del desarrollo del pilar social, lleva estos últimos años insistiendo en diferentes documentos sobre la importancia de incorporar plenamente las competencias digitales tanto al aprendizaje permanente como al sistema educativo de los Estados miembros.

Sin entrar aquí en ningún detalle, y por lo que concierne a la Comisión Europea, sí puede ser oportuno reflejar la trascendencia que en esta materia tiene el *Plan de Acción de Educación Digital* de 17 de enero de 2018 [COM (2018) 22 final], donde se recogen una serie de prioridades de acción en el ámbito de la digitalización educativa.

Lo más sugerente de ese Plan de Acción está, a mi juicio, en el diagnóstico del problema, más que en las propias acciones que promueve. Ese Plan analiza, por ejemplo, de qué manera los sistemas educativos pueden hacer uso de la innovación y la tecnología digital y respaldar de ese modo el desarrollo de las competencias digitales pertinentes para hacer frente a la revolución digital que está en marcha. Ese proceso de digitalización conllevará, según se expone, la destrucción de algunos empleos y la creación de otros nuevos, pero supondrá inevitablemente configurar un proceso en el que será imprescindible “invertir en capacidades digitales (durante) toda la vida”. Una vez más aparece en el horizonte inmediato la necesidad de “aprender a aprender” (aprendizaje permanente o a lo largo de toda la vida), vinculado en este caso a la adaptación constante a la evolución acelerada de las tecnologías aplicadas al ámbito de la digitalización. La transformación digital implicará, por tanto, numerosas oportunidades, pero asimismo “un riesgo cardinal”. Evitar ese riesgo requiere afrontar los enormes desafíos que la digitalización comporta, pues en caso contrario las nuevas generaciones no podrán competir en un mundo en completa evolución y ya definitivamente interconectado.

Y para hacer frente a ese gran desafío, el punto de partida que te-

nemos no es precisamente bueno. Los jóvenes utilizan Internet masivamente, pero —como señala el Plan— “el uso de la tecnología con fines educativos va a la zaga”. Hay limitaciones técnicas, pero especialmente de recursos personales: una parte de los educadores no posee las competencias y la confianza necesarias para utilizar las herramientas digitales como apoyo a su labor. La necesidad de apostar por la innovación en este campo, también pedagógica, es creciente. Pero, además, hay riesgos tangibles, que irán a más conforme el tiempo transcurra. Tal como se indica en el citado Plan, tanto los jóvenes como los adultos se enfrentan a prácticas de ciberacoso o de otro carácter, así como a “la exposición cotidiana a datos digitales apoyada por algoritmos herméticos (que) conlleva riesgos evidentes y requiere ahora más que nunca un pensamiento crítico y una capacidad de comprometerse en el entorno digital”. Sobre esta cuestión resulta muy clarificadora la contribución de V. Mayer-Schönberger y K. Cukier (*Aprender con Big Data*, Turner, 2018). Estos autores ponen de relieve los impactos que el aprendizaje con Big data comportará en el sistema educativo, produciendo a medio plazo cambios sustantivos en los sistemas educativos: “El monopolio que hoy ostentan las escuelas comienza a parecerse a los monopolios que en su día ostentaron



la monarquía y la iglesia; comienza a desmoronarse". Pero "el matrimonio entre los Big data y el aprendizaje también entraña peligros". Y uno de ellos es, sin duda, la huella que puede dejar la permanencia de la información sobre aspectos efímeros, pero que pueden ser determinantes en el futuro de las personas. El hecho obvio es que los datos transformarán radicalmente la educación. Por ello deben reforzarse otras competencias que corren si no serio riesgo de desaparecer bajo la (aparente) comodidad de las respuestas que siempre ofrecen los algoritmos. El pensamiento crítico, las habilidades blandas, el cultivo de la memoria y de la atención, así como de la concentración, la creatividad y la innovación, es lo que diferenciará a unos alumnos de otros en lo que a desarrollo cognitivo respecta. No deja de ser llamativo que los tecnólogos de Silicon Valley lleven a sus hijos a centros educativos en los que los dispositivos digitales no se manejan hasta una determinada edad (14 años). En ese largo período educativo se marca la diferencia entre quienes "dependen" de la tecnología para encontrar respuestas a (casi) todo y quienes desarrollan marcos cognitivos propios.

En cualquier caso, de ese diagnóstico quisiera resaltar en estos momentos dos cuestiones clave. La primera se refiere a la trascendencia que tiene estimular en el alumnado femenino la importancia existencial que representa cursar estudios de TIC y de CTIM-STEM (ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas), que son las titulaciones estrella de la revolución tecnológica (o las de mayor empleabilidad futura). La proporción actual entre mujeres y varones que estudian tales titulaciones oscila entre 1 y 4/5, según los casos. La Comisión advierte (no solo en este documento, sino en otros muchos) que este es un problema evidente; y que esta actitud —de continuar esta línea de tendencia— puede conllevar para las

mujeres una clara discriminación en el futuro, pues representará a no dudarlo "una pérdida de oportunidades económicas y sociales y podría llegar a acentuar —como concluye el Plan— las desigualdades entre hombres y mujeres". Una auténtica "brecha de género" que se debe evitar con políticas activas y audaces.

La segunda cuestión tiene otro enfoque. Se objetará a lo anterior que la educación no está necesariamente imbricada con el mercado laboral, al menos en sus primeros y sustantivos tramos, sino que su finalidad principal es la formación de la personalidad y el cultivo del conocimiento, así como de los valores. Y ello es completamente cierto. Pero no se puede perder de vista que, tal como señala el reiterado documento, "para funcionar y medrar en la sociedad digital y superar los riesgos digitales, los ciudadanos necesitan competencias que los ayuden a afrontar los desafíos y aprovechar las oportunidades que la transformación digital comporta". Esta idea fuerza se recoge perfectamente en la siguiente cita del Plan de Acción de Educación Digital: "Las capacidades digitales son, junto con la alfabetización y las matemáticas elementales, necesarias en todos los ámbitos de la vida". Y lo serán mucho más en un futuro inmediato. Otra cosa son las capacidades informáticas más especializadas. Pero, al menos, las compe-

tenencias digitales básicas deberían formar parte de las materias troncales de la enseñanza no universitaria. Al margen de ello se ha de reforzar, asimismo, "el pensamiento crítico y la alfabetización mediática de los jóvenes", para paliar "la grave amenaza de la pérdida de su ventaja más competitiva". La sociedad del futuro será acentuadamente digital y este dato debe tener reflejo central en el sistema educativo y en las enseñanzas que se impartan. No cabe otra opción. Las competencias digitales, junto con otras expuestas (pensamiento

"Las competencias digitales básicas deberían formar parte de las materias troncales de la enseñanza no universitaria. Al margen de ello se ha de reforzar "el pensamiento crítico y la alfabetización mediática de los jóvenes", para paliar "la grave amenaza de la pérdida de su ventaja más competitiva". La sociedad del futuro será acentuadamente digital y este dato debe tener reflejo central en el sistema educativo y en las enseñanzas que se impartan "

crítico, por ejemplo) y algunas otras que también se citan en el documento (resiliencia), conforman un cuadro de competencias básicas de la "sociedad del algoritmo" que debiera inspirar como un elemento clave cualquier reforma del sistema educativo, tal como puso de relieve en el capítulo de educación el documento de Fundación Telefónica/Prospektiker, *50 Estrategias para 2050. El trabajo y la revolución digital en España* (2018).

Sin embargo, en nuestro actual marco normativo ese reflejo es aún muy tibio, cuando no inexistente. Un rápido análisis a la legislación vigente (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), así nos lo advierte. El fenómeno digital aún se mueve en el plano de los fines o de los objetivos, ni siquiera de los principios. Pero todavía no tiene reflejo, sino tibio e indirecto, en las asignaturas de los distintos niveles educativos (solo algo en Tecnología en enseñanzas aplicadas o en el Bachillerato). Ciertamente, a lo digital se le quiere dar un tono de "transversalidad" (por ejemplo, artículo 24.6 LOE), que ya no aguanta el paso del tiempo. Tampoco las exigencias de acceso a los cuerpos docentes prevén nada al respecto (salvo la vaga referencia de la LOPDGDD), cuando hoy en día se están convocando pruebas selectivas para la cobertura de decenas de miles de puestos de cuerpos docentes. Y este "nuevo profesorado" será el que pilote el fuerte impacto de la revolución tecnológica en la enseñanza de las próximas décadas. Su misión se aproxima a un imposible: formar en competencias digitales al alumnado, sin haberlas acreditado previamente ni tampoco reforzarlas mediante el aprendizaje permanente. La obsolescencia de los conocimientos y destrezas en materia digital del profesorado es un riesgo que puede hacer fracasar el necesario fortalecimiento de las competencias digitales del alumnado en el futuro inmediato y mediano.

Tampoco se advierte que en la enésima reforma educativa que propone el actual Gobierno tal cuestión tenga ningún tipo de protagonismo especial, aunque hay más referencias en la exposición de motivos a la importancia de las TIC y se incorpora como asignatura la Tecnología en algunas fases. Poco más. La orientación



transversal de la digitalización sigue siendo dominante. En fin, nos sorprendemos de que la agenda política no haya todavía incorporado la revolución tecnológica a la transformación de la Administración Pública, pero más serio aún es que, hoy por hoy, la Administración educativa ofrezca tan pocos incentivos innovadores en ese trascendental campo en el que tanto se juegan los alumnos de la enseñanza actual.

Las competencias digitales están, por tanto, todavía muy difuminadas en el sistema educativo vigente. Las competencias digitales básicas serán presupuesto instrumental de otras que vendrán después, especialmente de aquella con la que deberán convivir las generaciones próximas (también las actuales): "la de aprender a aprender". Un ciclo que ya nunca acabará. El aprendizaje continuo marcará la vida de todas las personas en la sociedad digital, salvo que se quiera fracasar estrepitosamente en el empeño. La educación no puede, por tanto, cerrar los ojos a esa realidad y vivir aún encerrada preferentemente en el mundo analógico o mirando "de lado" el fenómeno digital. Tiempo hay para corregirlo, siempre que haya voluntad política de hacerlo.

PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN INTERNET



Por María Arias Pou

*Doctora en Derecho y profesora universitaria.
Abogado TIC*

En Internet, como en cualquier otro entorno en el que el menor se encuentre, surge la necesidad de que las personas encargadas de su tutela y protección estén vigilantes, acompañen y adopten las cautelas necesarias para que los menores se desenvuelvan en un entorno seguro y afín con el adecuado desarrollo de su personalidad y el respeto a sus derechos fundamentales. Y todo ello bajo el principio rector del "interés superior del menor" y la necesidad de proteger a estos sujetos que por motivos de razón y madurez necesitan de especial cuidado.

La protección de los menores en Internet, prevista en el artículo 84 de la LOPDGDD, se contempla desde dos ópticas diferentes. En primer lugar, el ámbito personal y privado de los menores, donde prevé que los padres o tutores deberán velar porque el uso de dispositivos digitales, móviles, tablets, etc., así como el uso de los servicios de la sociedad de la información, lo realicen de forma que garantice el desarrollo de su personalidad y no perjudique a su dignidad ni a sus derechos fundamentales. En segundo lugar, se recoge el supuesto de quienes utilicen o difundan imágenes de los menores en la Red.

Menores en Internet

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales, LOPDGDD, en su Título X regula los derechos digitales y se refiere a los menores en diversas ocasiones. Además de la promulgación general de la protección de estos en Internet, que nos ocupa, se refiere a ellos en relación con la protección de sus datos personales en Internet, artículo 92, el ejercicio del derecho al olvido en Internet, artículo 94 o el testamento digital en el artículo 96.

La regulación vigente sobre la protección jurídica del menor que deriva de un mandato constitucional, en los artículos 39 y 48, fue desarrollada por la Ley Orgánica 1/1986, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, LOPJM.

“La LOPDGDD ha optado por la edad de 14 años para considerar que el menor puede consentir por sí mismo el tratamiento de sus datos”

¿Qué medidas podemos adoptar para un uso equilibrado y responsable?

En el primer caso, entiende el legislador que deben procurar que los menores hagan un uso equilibrado y responsable de dispositivos y servicios. Cuando pensamos qué debemos entender por uso equilibrado y responsable podemos concluir

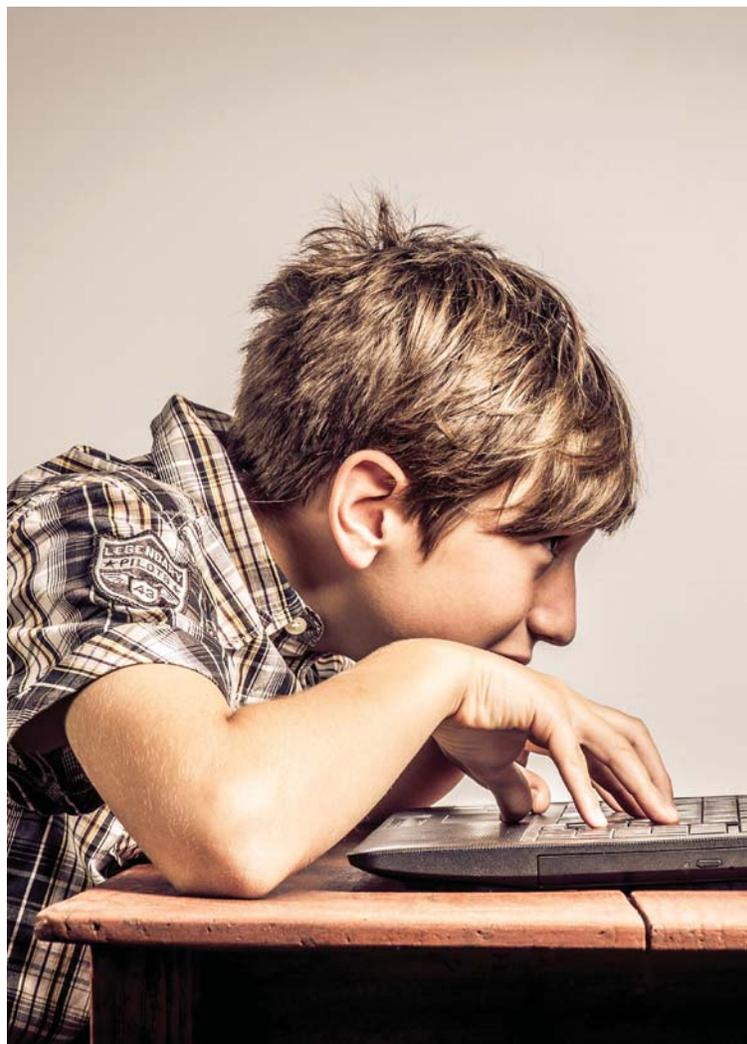
muchas medidas dirigidas a garantizar la protección. Vamos a centrarnos en algunas de las que consideramos principales para poder tener una visión general del tema que nos ocupa. La LOPDGDD ha optado por la edad de 14 años para considerar que el menor puede consentir por sí mismo el tratamiento de sus datos. La edad puede y, en nuestra opinión, debe ser un referente para considerar el uso de servicios como razonable, equilibrado y seguro. Por su parte la LOPJM establece la regla de que el consentimiento del menor será válido cuando sus condiciones de madurez lo permitan, lo que vendrá determinado, en gran medida,

también por la edad. Siempre, claro está, con los límites que la propia Ley marca para determinados actos o negocios jurídicos. Si el menor puede consentir acceder a un servicio de la sociedad de la información –pensemos en una red social–, y debe hacer un uso responsable de la misma, debemos tener presente que el menor queda sujeto a los términos y condiciones de uso del servicio, los debe conocer y respetar. Es importante ser conscientes, por ejemplo, de que al compartir determinados contenidos en la red social el menor puede estar afectando a derechos de terceros. Pensemos en una fotografía en la que aparece con otras personas, menores o no; los derechos de imagen de estas personas, por lo menos los derechos de imagen, quedan afectados. A este respecto, hemos conocido jurisprudencia donde se imputa responsabilidad a los padres por contenidos que han sido subidos a la red social por el usuario menor de edad. Algunos de los principales riesgos a los que se enfrenta un menor en Internet vienen motivados por una sobreexposición de su imagen y de su intimidad, lo quieren compartir todo sin ser conscientes de la difusión que ello tiene en la Red; otras veces el riesgo deriva del acceso a contenidos inapropiados, de situaciones de acoso personal y/o de carácter sexual, o de discriminación, de abusos, o de falta de respeto a su libertad de expresión.

Una segunda medida dirigida a buscar ese uso equilibrado y responsable pasa necesariamente por establecer unos horarios de uso y acceso a los mismos. Una política familiar de uso de dispositivos móviles y de acceso a Internet no debería faltar en ningún entorno en el que haya menores –tampoco para mayores, deberíamos decir, pero eso ya es objeto de otro estudio–. Otra medida que no puede faltar es el uso de medios de control parental y similares que permitan a los padres o tutores controlar el uso que se hace de los dispositivos y servicios por los menores. Por último, a este respecto, no podemos dejar de mencionar la importancia de la formación del menor en este terreno, en el uso de dispositivos y de servicios de la sociedad de la información. Como en cualquier otro entorno, los padres y tutores somos responsables de guiar a nuestros menores para que sepan cómo deben proceder. En este sentido la LOPDGDD impulsa, en su artículo 97.2, acciones de formación, difusión y concienciación dirigidas a garantizar el adecuado desarrollo de la personalidad, de su dignidad y de sus derechos fundamentales. E insta en su disposición adicional decimonovena al desarrollo de una ley que garantice los derechos de los menores frente al impacto de Internet.

¿Cómo usar su imagen e información personal?

En el segundo caso que regula el artículo 84 se refiere a quienes utilizan o difunden imágenes o información personal de los menores en las redes sociales o en los servicios de la sociedad de la información, cuando pueda suponer una intromisión ilegítima en sus derechos



fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal. Aquí debemos hacer dos reflexiones, una dirigida principalmente a los padres, sobre la necesidad de ser conscientes de que disponen de la imagen y de la información personal de los menores cuando la comparten en redes sociales, por ejemplo. Lo que no es necesariamente ilegítimo, si bien, deben ser conscientes de que forma parte de la identidad digital de los menores presente y futura. Y una segunda reflexión, dirigida a los perfiles de las redes sociales de cualquier producto o servicio dirigido a menores que utilizan fotografías de ellos u otra información personal suya. Como en cualquier otro uso de estos materiales y como ya venía exigiendo la LO-PJM se refuerza la protección de los menores con la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda intervenir para velar por el interés del menor. Las opciones que existen de que la imagen de los menores pueda ser explotada en el entorno de Internet son múltiples y cuando esto no se realiza con mesura ni con las debidas garantías legales, consentimiento de los padres o del menor cuando sus condiciones de madurez lo permitan, deben operar otros mecanismos protección.

EL NUEVO DERECHO DE RECTIFICACIÓN: UNA AMENAZA PARA LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN



Por Yolanda Quintana Serrano
*Secretaria General de la Plataforma
en Defensa de la Libertad de Información (PDLI)*

Cuando en octubre del año pasado el pleno del Congreso aprobaba con el apoyo de todos los grupos la reforma de la Ley de Protección de Datos, convertida en 'Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales', desde la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI) resumíamos así la nueva norma: "innecesaria, peligrosa y a medida de los políticos".

El artículo 85 sobre el "Derecho de rectificación digital" es un buen ejemplo de ello. También lo es de las acciones de incidencia legislativa que, desde la PDLI, hemos venido llevando a cabo para mejorar esta norma durante toda su tramitación, de modo que nuestros derechos y libertades quedaran salvaguardados, en particular las libertades de expresión e información.

Aunque, sin duda, lo más visible de esa labor haya sido haber logrado que el Tribunal Constitucional declare nulo y contrario a nuestra Carta Magna una de sus disposiciones más polémicas (la que modificaba la Ley Electoral legalizando el perfilado ideológico por parte de los partidos políticos para realizar propaganda electoral), al haber impulsado, conjuntamente con asociaciones de internautas y juristas especializados, el escrito ante el Defensor del Pueblo pidiendo la interposición de este recurso, nuestra primera victoria sobre esta ley la conseguimos al lograr que se modificase este artículo 85 sobre el derecho de rectificación.

Si ya de por sí era un artículo problemático, a raíz de una enmienda de última hora a finales de

verano, se creaba un procedimiento de 'rectificación digital' en el que se prescindía de los jueces una vez más, y los sustituía por 'protocolos efectivos', modificando por la puerta de atrás la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Bajo el contradictorio título "La libertad de información en Internet", se imponía la obligación a las empresas de Internet de "previa queja o aviso, eliminar contenidos que atenten contra el derecho constitucional a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". Además, acababa con el derecho al anonimato en Internet al establecer que los responsables de los servicios de Internet (...) garantizarían "la identificación de los usuarios" que puedan vulnerar el derecho al honor, cumpliendo así una vieja amenaza de los legisladores.

Desde la PDLI, que registramos en el Congreso un escrito contra esta propuesta, considerábamos que, en caso de contenidos erróneos o noticias falsas, la actual normativa que regula el derecho de rectificación ya es aplicable a los medios digitales, y que duplicar la normativa iba a provocar inseguridad jurídica. Además, no siendo necesario para proteger los derechos de las personas, se generaba una gran incertidumbre y preocupación sobre su verdadera finalidad: ¿Se trata de un derecho a medida pensado para personajes públicos? ¿Se les otorga la capacidad de reescribir la historia?

Estaríamos, por tanto, más que ante un derecho de rectificación, como está contemplado en la Ley 2/84,



ante el derecho a reescribir el pasado, inaceptable y contrario al derecho a conocer de la ciudadanía.

En cuanto a la ampliación de esta obligación de rectificación de contenidos a las plataformas digitales, considerábamos que era muy peligroso trasladar las decisiones que afectan a la libertad de información (es decir, la responsabilidad legal de borrar, ocultar o modificar un contenido, como las noticias en los medios digitales) a empresas que carecen de los elementos de valoración necesarios, al no haber sido ni los editores ni los autores de esas informaciones, para sopesar la pertinencia o no de atender una rectificación. Existía el riesgo razonable de que, a falta de esos criterios, se vieran impulsadas a aceptar, por defecto, cualquier solicitud que se les presente sin entrar en consideraciones sobre la justificación o no, desde el punto de vista periodístico o informativo, de esa alteración que se les demanda. Una preocupación análoga a la que desde la PDLI hemos venido manifestado en relación al derecho al olvido en el caso de personajes públicos.

Finalmente conseguimos que, antes de la votación del informe de la Ponencia, el artículo 85 sobre el derecho de rectificación en Internet quedase bastante desdibujado mediante una enmienda de última hora.

Sin embargo, no se resolvieron todos los problemas. Como avisaba nuestro director legal, Carlos Sánchez Almeida, aunque ahora el artículo por fin mencionaba la LO 2/1984, "excede la misma: el derecho de rectificación de la LO 2/1984 solo permite rectificar información inexacta, no está para proteger el derecho al honor o la intimidad". Además, "tampo-

co especifican el momento temporal en el que hay que introducir el aviso de rectificación. ¿Antes o después de pasar por el juez? Mucha gente se asustará al recibir un burofax, y se autocensurará", advertía.

En definitiva, a pesar de haber logrado que, durante la tramitación, se eliminaran algunos de los aspectos más lesivos de este artículo tras una intensa campaña de denuncia de la PDLI, se han mantenido aspectos muy discutibles al extender las obligaciones de rectificación de los medios a cualquier usuario de redes sociales. Ahora, las plataformas estarán obligadas a notificarles los requerimientos de rectificación que les lleguen.

Además, el derecho de rectificación, que hasta ahora se limitaba a información inexacta, ahora se amplía a honor e intimidad. De este modo se abre la puerta a acciones legales cuya finalidad pueda ser disuadir de la publicación de informaciones incómodas.

Finalmente, es importante recordar que, aunque la norma no lo deja claro, los usuarios no deben introducir ningún aviso de rectificación que afecte a honor e intimidad si la información es exacta. Los juristas de la PDLI aconsejan que "en caso de duda, es preferible esperar a la decisión del juez. Nuestra recomendación es combatir el artículo 85 de la ley en tribunales".

Como sostiene nuestro director legal, "el derecho de rectificación sobre honor e intimidad en internet es un peligro para la libertad de emitir y recibir información veraz, y es posiblemente inconstitucional".

1. "Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal. Informe de la Ponencia" (BOCG, 9 de octubre de 2018 Núm. 13-3) Disponible online en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-3.PDF

2. Ver: "La PDLI advierte que no puede prohibirse el anonimato en Internet" 1 diciembre de 2017. Disponible online en: <http://libertadinformacion.cc/la-pdli-advierde-que-no-puede-prohibirse-el-anonimato-en-internet/>

3. Ver: "Victoria para la libertad de expresión: la nueva Ley de Protección de Datos renuncia a controlar contenidos digitales y a acabar con el anonimato en Internet", 10 octubre de 2018. Disponible online en: <http://libertadinformacion.cc/victoria-para-la-libertad-de-expresion-la-nueva-ley-de-proteccion-de-datos-renuncia-a-controlar-contenidos-digitales-y-a-acabar-con-el-anonimato-en-internet/>

4. Ver: "Contra el 'derecho de amnesia' que esconde la reforma de la Ley de Protección de Datos", 4 de octubre de 2018. Disponible online en: <http://libertadinformacion.cc/contra-el-derecho-de-amnesia-que-esconde-la-reforma-de-la-ley-de-proteccion-de-datos/>

DUDAS SOBRE EL DERECHO A LA ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIONES EN MEDIOS DIGITALES



Por Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva

Universidad Complutense de Madrid

Copresidente de la Sección de Derecho y Comunicación del ICAM

Toda persona tiene derecho a solicitar motivadamente de los medios de comunicación digitales la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible junto a las noticias que le conciernen, cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación, causándole un perjuicio”.

En la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales que venía a ajustar la normativa española al Reglamento Europeo 2016/679, se introdujo en el Congreso de los Diputados, en concreto en el informe de la ponencia, todo un nuevo título (el X) con 17 derechos digitales, entre los que se encuentra el derecho a la actualización de informaciones del artículo 86. Dicho precepto no se alteró en la subsiguiente tramitación parlamentaria.

Como cuestión previa y a falta de un análisis en profundidad debemos señalar que este derecho a la actualización de informaciones en medios digitales (artículo 86) precisa de un deslinde con el derecho de rectificación en Internet (artículo 85) y el derecho al olvido (artículo 93, derecho al olvido en búsquedas en Internet y artículo 94, derecho al olvido en redes sociales y servicios equivalentes).

El análisis de este derecho lo iniciamos sobre los dos sujetos que intervienen. El sujeto activo es la persona “concernida” por las noticias que se encuentra en un medio de comunicación digital. Llama la atención la amplitud de la vinculación entre el sujeto que puede ejercitar el derecho de actualización y la información que se quiere actualizar. El verbo concernir significa atañer, afectar o interesar. Esto otorgaría este derecho a cualquier ciudadano que se encuentra afectado por una información, sin necesidad de que se le cite expresamente o se le aluda. Por ejemplo, los habitantes del centro de Madrid se encuentran concernidos, afectados, por el plan municipal de Madrid Central. La Ley Orgánica 2/1984 que regula el derecho de rectificación emplea el verbo aludir, que es mucho más preciso. Es cierto que en el artículo 86 que comentamos se encuentran otras dos circunstancias que acotan más la vinculación del sujeto con la noticia, lo que se denomina “su situación actual”: un cambio que hace que la información esté desactualizada,

“El análisis de este derecho lo iniciamos sobre los dos sujetos que intervienen. El sujeto activo es la persona 'concernida' por las noticias que se encuentra en un medio de comunicación digital”

esto es, "cuando la información contenida en la noticia original no refleje su situación actual como consecuencia de circunstancias que hubieran tenido lugar después de la publicación". Esto supone una mayor vinculación entre la persona "concernida" y la información a la que se le va a añadir un aviso. La otra circunstancia es que se le cause un perjuicio, aunque debería precisarse si el perjuicio proviene de la información inicial, del cambio de circunstancias o de una situación real de perjuicio. El sujeto pasivo, quien está obligado, es el medio de comunicación digital. En la antes citada Ley Orgánica del Derecho de rectificación el sujeto pasivo es el director del medio, algo más preciso.

La siguiente reflexión tiene que ver con el alcance de esta expresión, en concreto: ¿se incluyen blogs, páginas web de *influencers*, una web de una empresa, redes sociales y servicios equivalentes...? o, por el contrario, limitamos el concepto a lo que podemos llamar prensa, radio o televisión en Internet. Esto es, a medios cuya función es la creación de una opinión pública libre, que se encuentran organizados, con profesionales de la información, una estructura, una dirección, mecanismos de autocontrol... Medios que, en definitiva, realizan una actividad "con fines periodísticos" que aparece citada como límite a la protección de datos personales en el considerando 153 y el artículo 85 del Reglamento Europeo 2016/679. Cuestión que se olvida en la española Ley Orgánica 3/2018.

Sobre el elemento objetivo, la noticia original, podríamos preguntarnos si se limita a los hechos que aparecen en la misma —que es a lo que se refiere la Ley Orgánica del Derecho de Rectificación— o, por el contrario, extendemos la posibilidad de actualizar pensamientos o incluso opiniones, lo que podría llevarnos hasta un derecho de arrepentimiento. Derecho polifacético que incluiría el derecho a retirar del comercio la obra propia por cambio de las convicciones intelectuales o morales (artículo 14-6 del RD Legislativo 1/1996 de Propiedad Intelectual) y que puede llegar a lo que se ha denominado un derecho de arrepentimiento digital.

La consecuencia del derecho que comentamos es "la inclusión de un aviso de actualización suficientemente visible". Si lo comparamos con el tradicional derecho de rectificación que suponía la publicación de la rectificación enviada por el sujeto activo, un aviso solo es una llamada de atención. La forma en que puede incluirse es muy variada, desde la introducción de una referencia escrita al final del documento publicado en Internet a la aparición de una ventana emergente (*pop-up*) donde se señale la desactualización de la información original, o incluso un link en donde se aclare o complete la información original.

El segundo párrafo del artículo 86 se refiere a una situación concreta: las noticias de ámbito judicial y policial que posteriormente son desmentidas por una resolución judicial que beneficia al sujeto "concernido". Se trata del caso del presunto delincuente sujeto a la pena de banquillo y que se somete al escrutinio de los medios, cuando no a un juicio paralelo, y posteriormente es absuelto. Absolución que no merece ni dos líneas, ni una mención en los medios que le habían crucificado. Esto se agrava con el hecho de que la información original sigue en Internet a disposición de todos, puede ser rastreada, incluida en los buscadores, etc. Por eso se establece la obligación de incluir un aviso a la sentencia posterior, más beneficiosa.

"Sobre el elemento objetivo, la noticia original, podríamos preguntarnos si se limita a los hechos que aparecen en la misma (...) o, por el contrario, extendemos la posibilidad de actualizar pensamientos o incluso opiniones"

Como reflexiones finales, consideramos que es positivo el reconocimiento de este derecho a la actualización de informaciones que hunde sus raíces en el derecho de rectificación y el derecho al olvido. La redacción de este artículo, no obstante, deja mucho que desear y es manifiestamente mejorable. Además, el derecho debe ser desarrollado de forma más precisa.



EL CONTROL DE DISPOSITIVOS DIGITALES EN EL TRABAJO, UN TERRITORIO DE BORROSAS FRONTERAS



Por Jesús Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

El control a través de sistemas de videovigilancia, microfónicos y telefónicos; el rastreo a través de sistemas de geolocalización; los controles biométricos; el control informático de los niveles de productividad de los trabajadores en tiempo real; el seguimiento de los correos electrónicos y de las navegaciones por internet; el impacto de las redes sociales; o, en fin, la enorme proyección que sobre lo laboral comienzan a tener las técnicas del Big Data, conforman una realidad en permanente transformación en la que la vigilancia empresarial se ha convertido en algo más impersonal, pero no por ello potencialmente menos invasivo.

Una de las cuestiones más controvertidas los últimos años es la que pudiera formularse con las siguientes preguntas: ¿Puede la empresa controlar los dispositivos digitales que pone a disposición de sus empleados? ¿Puede prohibir radicalmente su uso?, y si no lo hace, ¿qué alcance y qué límites puede imponer? Preguntas que envuelven un conjunto de problemas prácticos de no siempre fácil solución. Solo con volver la vista atrás y recordar las sen-

tencias dictadas por nuestros tribunales desde hace casi veinte años se corrobora tal afirmación. Desde nuestro Tribunal Supremo hasta el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, pasando por el Tribunal Constitucional, surge un paisaje jurídico no exento de dificultades. Un debate complejo en el que se mezclan varios derechos fundamentales cuyo contenido y alcance no resulta, en absoluto, coincidente: derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o, en fin, el propio derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE). Esta mixtura se aprecia en el nuevo art. 87.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

La LOPD parte de una premisa: "Los trabajadores tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador". Parafraseando la clásica doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se reconoce una "expectativa razonable de intimidad" en el uso de tales dispositivos en el trabajo, presupuesto razonable si tenemos en cuenta

"Una de las cuestiones más controvertidas los últimos años es la que pudiera formularse con las siguientes preguntas: ¿Puede la empresa controlar los dispositivos digitales que pone a disposición de sus empleados? ¿Puede prohibir radicalmente su uso?, y si no lo hace, ¿qué alcance y qué límites puede imponer?"

que nos encontramos en una sociedad donde la tecnología se ha insertado de manera insoslayable en nuestro día a día. Es lógico, por ello, que podamos pensar que existe una cierta tolerancia para un uso moderado de los medios de la empresa, pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en el cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito del control empresarial.

Por ello, el legislador traslada el testigo de cuál sea el alcance de la tolerancia permitida a la empresa. Será ésta la que deba definir la geografía del control y, por extensión, las fronteras del mismo pero, para ello, deberá orientar a los trabajadores por los espacios en los que aquél podrá caminar. Siguiendo con el símil, la empresa deberá dotar al trabajador de una cartografía precisa: los trabajadores, dice la Ley, deben ser informados de los criterios de utilización (art. 87.3 LOPD). A tal fin, se da carta de naturaleza normativa a una nueva forma de *soft law*: los protocolos de control del uso de los dispositivos digitales. En ellos se deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente, añadiendo que en su elaboración deben «participar» los representantes de los trabajadores.

"La LOPD parte de una premisa: Los trabajadores tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador"

Sobre esta base, la Ley ampara que la empresa cierre de manera incondicionada las fronteras de su territorio para el uso de tales dispositivos con fines privados (eso parece deducirse de la expresión: "respecto de los que haya admitido su uso con fines privados" que utiliza el art. 87.3 LOPD), o que permita su acceso condicionado, en cuyo caso deberá definir las zonas acotadas al uso. Se requiere para ello que «se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para



preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos pueden utilizarse para fines privados» (art.87.3 LOPD).

Fuera de los espacios acotados o, en ausencia de guía de orientación, recuperará su virtualidad la expectativa de intimidad del trabajador. Y ello porque, como se ocupa de precisar el legislador, el acceso empresarial a los sistemas digitales no es absoluto dado que "el empleador puede acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores solo para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y para garantizar la integridad de dichos dispositivos" (art. 87.2 LOPD). Acceso, a priori limitado, pero que, si bien se mira, deja abiertos vastos espacios como el de poder de dirección empresarial u otros como el de la seguridad informática. Pero la duda surge de inmediato: ¿qué debemos entender por "contenido"?, ¿entrarían en juego aquí otros derechos fundamentales contemplados en el propio artículo 18 CE?; y, si se trata de un control con proyección penal, ¿sirven las anteriores reglas?

Una norma de equilibrios difíciles e inestables porque, como la sabiduría social resume, es difícil ponerle puertas al campo. Un campo, por otro lado, cada vez más impreciso de definir en sus contornos y como consecuencia de la propia evolución social. Definir qué consideramos un uso razonable y qué un uso abusivo de los medios informáticos, cómo precisar hasta donde alcanzan unos y hasta donde llegan otros, no es cuestión en absoluto sencilla.

EL NUEVO DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: DE LA HIPERCONEXIÓN A LA APPSTINENCIA DIGITAL



Por Raúl Rojas

Socio del área Laboral de ECIJA

El pasado 7 de diciembre de 2018 entró en vigor la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, la "LO 3/2018") con importantes novedades en materia de *Compliance* Laboral y el uso de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC) en entornos de trabajo.

La LO 3/2018, en su artículo 88, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, y en consonancia con regulaciones normativas de otros países de nuestro entorno, viene a reconocer el innovador Derecho a la Desconexión Digital de todos los trabajadores, incluidos especialmente los teletrabajadores y directivos, trasladando a sede de negociación colectiva, o en su defecto con la representación de los trabajadores, su reconocimiento, regulación y adopción de medidas concretas de garantía de este nuevo derecho.

El derecho a la desconexión digital viene avalado por numerosos estudios que acreditan los problemas derivados de un uso intensivo de las nuevas tecnologías tanto durante los tiempos de trabajo como fuera del mismo, pasando de una mera tentación a una auténtica adicción o "*dependencia digital*" provocando numerosos episodios de estrés laboral, insomnio, dificultades para conciliar con la vida personal y familiar o incluso el denominado trastorno del agotamiento laboral (*burnout*). Así, por ejemplo, un estudio elaborado por la consultora Ipsos (2015) indicaba que un 65% de los trabajadores españoles se siente requerido por su empresa fuera del horario laboral mientras que, entre los directivos, la cifra asciende hasta el 90%. Otro estudio, en este caso de ELEAS (2016), una consultora francesa, confirmaba que cerca del 40% de los trabajadores utilizaba dispositivos digitales con motivos laborales fuera de su tiempo de trabajo.

Para combatir esta derivada de una sociedad cada vez más digitalizada e hiperconectada algunos países, como Francia con la *Loi Travail* 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, o ahora España, han pretendido regular o limitar estos excesos a través de la incorporación al ordenamiento jurídico del derecho a desconectar digitalmente.

De forma análoga a la reforma francesa, nuestro Legislador no ha querido establecer medidas o modalidades concretas de desconexión digital, sino que ha optado por trasladar su elaboración y concreción a las empresas y trabajadores a través de sus representantes mediante el instituto jurídico de la negociación colectiva, si bien con la obligación normativa exigible a las empresas de formar a sus trabajadores sobre el uso responsable de los medios tecnológicos, así como adoptar medidas preventivas de la fatiga informática, medidas que se deberán implementar junto con medidas de naturaleza tecnológica.

Por tanto, como primera clave de esta reforma, partimos de la base de la inexistencia de una definición normativa de "*desconexión digital*", que dependerá de cada empresa en función de su concreta cultura organizativa, de la política de jornadas laborales y tiempos efectivos de trabajo, de la mayor o menor flexibilidad en el desarrollo de la prestación laboral y en la posibilidad de autogestionar los horarios laborales y descansos o bien de la mayor disponibilidad horaria pactada con determinados trabajadores. Así, por ejemplo, mientras que en Adif la garantía de desconexión equivale al reconocimiento del derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo (art. 14 Convenio colectivo del Grupo Axa, BOE 10-10-2017), en Volkswagen lo entienden en forma de apagón digital que en 2011 estableció un sistema que desconectaba los servidores corporativos de los teléfonos móviles de los empleados entre las 18.15h y las 7.00h de la mañana del día siguiente (Expansión, 4-11-2018).

Una segunda clave es la necesidad normativa de pactar con los representantes de los trabajadores las políticas internas de desconexión digital. En particular, como exigencia normativa, se establece que, en caso de no existir regulación convencional, se deberá llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores para la elaboración de dicha política, previa audiencia a los mismos.

En cuanto a los destinatarios y el contenido mínimo de estas políticas, las mismas se deberán dirigir a todos los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en las que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y, en su caso, de los protocolos necesarios, que garanticen de forma efectiva el derecho a desconectar digitalmente en los tiempos de descanso (fuera del tiempo de trabajo, permisos, vacaciones, etc.), así como las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

Sobre las modalidades y medidas concretas de desconexión digital caben, entre otras, las destinadas a evitar la *hiperconexión digital*, previendo rangos temporales de desconexión digital durante la semana y los fines de semana, estableciendo excepciones en casos de urgencia y/o necesidad, diferir el envío de "correos tardíos", configurar respuestas automatizadas ante correos fuera del horario laboral, establecer controles informatizados sobre conexiones o flujos de información fuera del tiempo de trabajo, interrupciones programadas o "*siestas digitales*", hasta implementar medidas de desconexión total a partir de determinadas horas ("*apagón digital*").

En lo que respecta a la prevención de la fatiga informática mediante acciones de sensibilización, se debe introducir el elemento de la desconexión digital como parte de la cultura organizativa de la empresa, y a todos los niveles, especialmente en el *management* de la entidad, a través de la fijación clara de normas del buen uso de los dispositivos digitales y mensajería electrónica con motivo del trabajo, y especialmente responsabilizando a los trabajadores, dándoles formación, y sensibilizando a los manager y directivos para que actúen con ejemplaridad, cumpliendo y haciendo cumplir las nuevas normas y medidas que se hubieran acordado en el seno de la compañía.



Sin perjuicio de todo lo anterior, para afrontar con éxito un proyecto de desconexión digital, adicionalmente al cumplimiento de los requisitos normativos indicados, se recomienda ejecutar dos fases previas:

- 1.- Realizar un diagnóstico previo a la negociación o a la elaboración de la política interna, identificando las situaciones o roles en la empresa más expuestos a los efectos negativos a una conexión permanente, prestando especial atención a los puestos de fuerza de venta, los trabajadores móviles y los teletrabajadores.

- 2.- Regular la utilización de los dispositivos digitales tanto dentro como fuera del tiempo de trabajo, bien para incorporar dichas reglas en la propia política de desconexión, bien a través de la elaboración y aprobación de políticas de uso de dispositivos digitales, ya obligatorias con la nueva LOPDGDD (art. 87), con el objeto de evitar o minimizar los riesgos psicosociales derivados del estrés digital o una degradación de las condiciones de trabajo derivadas de la dependencia tecnológica.

Por tanto, este nuevo derecho a la desconexión digital, más allá de la obligación legal analizada en el presente artículo, debe considerarse como una oportunidad para todas las empresas de reevaluar la organización de las jornadas y tiempos de trabajo de sus empleados en relación con la conciliación de su vida personal y familiar con la finalidad de garantizarles un rendimiento laboral sostenible.

USO DE DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA Y DE GRABACIÓN DEL SONIDO EN EL LUGAR DE TRABAJO



Por Javier Puyol

Socio Director de Puyol-Abogados & Partners

La nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, (LOPDGDD), la cual entró en vigor el día 7 de diciembre de 2018, ha complementado en el ámbito del derecho interno la normativa contenida en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, que es aplicable, como es de sobra conocido, desde el día 25 de mayo de 2018.

Una de las novedades legislativas más singulares de la nueva Ley Orgánica es la regulación que específicamente lleva a cabo de una nueva categoría de derechos, denominados técnicamente como "derechos digitales", cuyo artículo 89 se corresponde con el derecho a la intimidad del trabajador frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación del sonido en el lugar de trabajo.

En este sentido, cabe indicar que el artículo 87 de la citada LOPDGDD reconoce, con carácter general, la facultad del empleador consistente en acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias, y así garantizar la integridad de dichos dispositivos. Consecuentemente con ello, el empleador debe establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de la intimidad de los trabajadores a su cargo, de acuerdo tanto con los usos sociales, como con aquellos los derechos reconocidos constitucional y legalmente al efecto. Y debe destacarse de manera especial que en la elaboración de

estos estándares deben participar de manera necesaria los representantes de los trabajadores.

El acceso por parte del empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que se haya admitido su uso con fines privados requiere, conforme a la redacción del citado precepto, que se proceda a especificar de manera precisa los usos autorizados con relación a dichos dispositivos digitales y que, al mismo tiempo, se establezcan aquellas garantías que se consideren necesarias para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los periodos en que dichos dispositivos puedan utilizarse para fines de carácter privado.

Con relación a este derecho, debe tenerse en cuenta que ya en la STC 98/2000 se afirmó que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, de tal manera que las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el art. 18.1 CE y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral. Ello determinaría la justificación de las medidas tomadas por la empresa de escucha y grabación de sonido en determinadas dependencias, tanto de los trabajadores entre sí como con los clientes. A contrario sensu, la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta, a fortiori,



lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones, por razones obvias (amén de que puede lesionar otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, si la instalación se produce en los locales de los delegados de personal, del comité de empresa o de las secciones sindicales).

Con relación al alcance y contenido de este nuevo derecho digital, pueden establecerse las siguientes precisiones:

a). En lo que atañe a los medios relativos a la videovigilancia en el ámbito de la empresa, se permite por este nuevo derecho a las empresas poder tratar las imágenes obtenidas para vigilar y controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, dentro de los límites legales, y con la obligación del empleador de proceder a informar con carácter previo a los representantes de los trabajadores y a los propios trabajadores de la instalación y las finalidades por la que se establecen dichos dispositivos digitales.

Así, en la STC 186/2000, de 10 de julio, se dijo que la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita rei-

terada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE, cuestión esta que asimismo se abordó en la STC 170/2013, de 7 de octubre, en la que se matiza con relación a las facultades de fiscalización por parte de la empresa, estableciendo criterios como la sospecha de comportamiento irregular del trabajador, la idoneidad de la medida, su necesidad y, finalmente, su ponderación y equilibrio, y todo ello conlleva la necesidad de verificar si existe una expectativa de privacidad en el trabajador con relación al uso de los materiales de trabajo.

b). Cuando se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores se entenderá cumplido el deber de informar sobre la videovigilancia cuando existiese al menos un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible. En la STC 29/2013 se indicó que no hay en el ámbito laboral [...] una razón que tolere la limitación del derecho de información que integra la cobertura ordinaria del derecho fundamental del art. 18.4 CE. Por tanto, no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, por estar amparado por la Ley, o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa, cuestión que ha sido reiterada y matizada a su vez en la STC 39/2016.

c). El principio de proporcionalidad condiciona a que la grabación de sonidos en lo que concierne al ámbito laboral y el puesto de trabajo quede limitada a supuestos en lo que la necesidad de dicha grabación quede justificada, como pueden ser aquellos supuestos en los que exista un riesgo evidente para la seguridad física de las instalaciones, los bienes y las personas en el ámbito de la empresa

d). Los datos personales que se traten o se capten a través de dichos dispositivos son datos de carácter personal, sometidos a la normativa específica sobre los mismos. Así, en la citada STC 29/2013 se indicó que estaba fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del art. 18.4 CE, ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil o para cualquier otra utilidad que, en determinadas circunstancias, constituya una amenaza para el individuo, lo cual, como es evidente, incluye también aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permitan su representación física e identificación visual u ofrezcan una información gráfica o fotográfica sobre su identidad

Finalmente debe tenerse presente que esta doctrina es plenamente coherente y compatible con lo afirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 9 de enero de 2018, (Caso López Ribalda y otras c. España).

EL ARTÍCULO 90 LOPDGDD Y LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LA GEOLOCALIZACIÓN



Por Marta Alamán Calabuig
Socia, PwC Tax & Legal Services

Es cierto que la regulación de la geolocalización por Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales es una novedad. Sin embargo, no podemos calificar como algo "nuevo" el uso de la tecnología en la dirección de personas. La geolocalización es una materia ya extendida en las organizaciones productivas, especialmente en el transporte o las redes comerciales, que ha generado un volumen de jurisprudencia ya relevante, recogida por los organismos responsables del desarrollo de la protección de datos, desde el Grupo de Trabajo del artículo 29 a la AEPD; que tenía ya una regulación específica en varias legislaciones laborales; que había aparecido ya en algunos convenios colectivos... Sólo el retraso crónico del legislador laboral español en tratar la protección de datos explica que podamos estar ahora hablando de una nueva regulación, que sí lo es, pero que se aplica a una realidad en modo alguno desregulada o desconocida.

Como en otros mecanismos de control empresarial la geolocalización plantea un alto grado de complejidad, porque unos mismos aparatos sirven para controlar el proceso productivo, garantizar el cumplimiento de los tiempos de trabajo y resto de normas sectoriales, velar por la salud de los trabajadores, verificar que se cumplen sus obligaciones... Existen intereses empresariales legítimos, pero también riesgos en caso de un uso inadecuado, ya que la información sobre la ubicación permite deducir información que podría ser privada y potencialmente sensible.

Todo esto explica la dificultad de ofrecer una única respuesta, la respuesta ha de ser necesariamente multinivel, preventiva y adaptada, poniendo el centro de atención en su impacto sobre los derechos de los trabajadores.

Tras una etapa en la que los tribunales han resuelto los casos atendiendo a las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la propia doctrina que se iba generando, la nueva LOPDGDD ha incluido un artículo 90 dedicado al "derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral".

Esto demuestra la peculiar técnica legislativa de la LOPDGDD. En lugar de elaborar una regulación común y transversal para todos los aspectos laborales, con unos principios comunes, los separa en preceptos autónomos

"Una particularidad de la geolocalización es que genera un riesgo de intromisión en la esfera privada del trabajador, cuando los aparatos que la hacen posible le acompañan más allá de la jornada laboral"

para cada uno de los derechos afectados. Esto se explica por el origen de la norma, que es la suma de dos iniciativas distintas, una actualización de la LOPD y una propuesta sobre derechos digitales de la ciudadanía. Esto ha producido también que la lógica que guía la regulación de estos derechos sea la propia de la legislación sobre datos, y no la laboral: el papel del consentimiento, la garantía de los derechos mediante la mera información, la legitimidad generalizada de los mecanismos de control o el escaso papel de los representantes de los trabajadores así lo ponen de manifiesto.

Su contenido es bastante poco exigente para las empresas, y muy centrado en la perspectiva de la intimidad (que aparece en la propia denominación del precepto). Lo primero que se hace es legitimar el uso de estos mecanismos para controlar a los trabajadores, públicos y privados, señalando que “los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública”; con el límite del respeto a “su marco legal y con los límites inherentes al mismo”. Esto supone que haya que tener en cuenta tanto los principios generales sobre la protección de datos como las reglas sobre la protección de la intimidad, lo que demanda considerar la necesidad del control, su proporcionalidad e idoneidad, la forma en que se tramitan los datos, el tiempo que se conservan éstos, etc. Su regulación es más estricta de lo que de este artículo se deduce.

Aplica aquí también el artículo 91 de la Ley, con la remisión general que se hace a la negociación colectiva para desarrollar sus disposiciones. Convenios como el general de la Química o el de oficinas y despachos de Burgos ya lo han hecho.

Junto a este respeto a las reglas en vigor, el artículo 90.2 contiene unos mandatos concretos para las empresas, afirmando que “con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos”. El “en su caso” debe interpretarse en el sentido de que este deber existirá en aquellas empresas en las que exista representación de los trabajadores (en cualquiera de sus modalidades); sin que se trate de una alternativa al deber de informar al trabajador individual, que existirá en todo caso. En otras palabras, siempre habrá

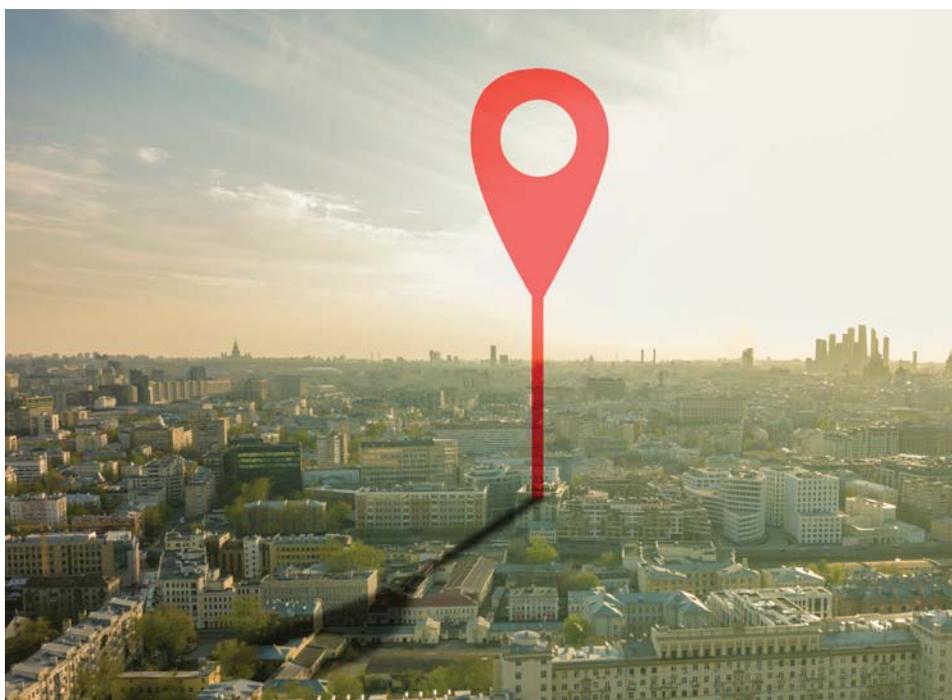
deber de información al trabajador, que en ningún caso podrá evitarse; y lo habrá a los representantes, de existir éstos. La información, por supuesto, no basta para legitimar cualquier utilización de estos mecanismos, que deberá cumplir con el resto de exigencias legales.

Una obligación adicional es la de informarles “acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”.

Una particularidad de la geolocalización es que genera un riesgo de intromisión en la esfera privada del trabajador, cuando los aparatos que la hacen posible le acompañan más allá de la jornada laboral. Así ocurre con los vehículos de empresa con uso privado, o con los “smartphones” en los que se cargan aplicaciones profesionales. En estos casos la empresa debe ser aún más diligente en la información, y debe asegurarse que el trabajador pueda desactivar estos mecanismos terminado el tiempo de trabajo.

Otra particularidad es la gran cantidad de información sobre las personas que puede obtenerse a partir de su ubicación, incluyendo datos de alta protección, lo que impone un tratamiento muy riguroso a todos cuantos se obtengan por esta vía. Un plazo limitado de conservación de éstos es una buena idea.

En suma, nos encontramos ante una regulación tardía e insuficiente para una práctica cada vez más común. Su uso puede ser adecuado en muchos casos, pero ha de hacerse con las debidas cautelas y garantías para evitar unas consecuencias que pueden ser graves y atendiendo a los criterios de nuestros Tribunales, que son más explícitos que el propio legislador.



DERECHOS DIGITALES LABORALES Y SU NEGOCIACIÓN



Por Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Cantabria

Consejera Académica del Despacho Gómez-Acebo y Pombo

La digitalización o la intervención de las nuevas tecnologías siempre ha estado vinculada al ámbito laboral. En muchas dimensiones pero, al menos, en dos de ellas. Una, por entender que la máquina, cada vez más sofisticada –robots–, puede sustituir el trabajo del hombre, privando a éste de su medio fundamental de vida; y, otra, por considerar que la técnica sirve de apoyo a la actividad laboral pero supone a la par un mayor control del trabajo humano. Ahora, la nueva Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018, de 5 de diciembre, BOE, 6, en adelante, LOPD) dedica una serie de preceptos de forma expresa –indirectamente habría que aludir a muchos más– a regular los derechos digitales de los trabajadores (intimidad, desconexión digital, videovigilancia, grabación de sonidos, geolocalización, etc., en concreto en los arts. 87 y ss. de la norma) junto con la protección de sus datos, con una pretensión más tuteladora que represora.

La utilización de estos medios de control, protección o colaboración en el trabajo no es nueva. En su vertiente más antigua (ordenador-internet) o más moderna (geolocalización o videovigilancia), el empleo de los mismos se inserta en la actividad cotidiana de la empresa

bien de forma unilateral –con Instrucciones o Protocolos dictados por el empleador–, o bien, de manera más frecuente, mediante la negociación colectiva. Esta última

constituye, como es sabido, un mecanismo regulador habitual en el ordenamiento laboral, disponiendo empleadores y trabajadores de una suerte de autodeterminación normativa colectiva, excepcional y extraña a otras ramas del Derecho. Pero importante, determinante y ciertamente relevante en la regulación de las condiciones laborales. Ya sea a nivel de sector o de empresa, el Convenio Colectivo servirá para materializar las distintas necesidades que cada uno observe en su entorno en materia de digitalización

laboral. Cómo garantizar la desconexión digital conciliando la vida personal, de qué manera proteger la intimidad de los trabajadores cuando son grabados en sus puestos de trabajo o cómo desvincular la actividad privada de la profesional ante la geolocalización cuando los medios pertenecen a la empresa, son todos ellos aspectos propios del consenso convencional, dada la incapacidad de la ley de adaptarse a cada situación particular. Y no tanto o no sólo al concretar qué puede hacer la empresa, a qué está obligado el trabajador, qué tipo de compensación o contraprestación obtiene cada uno de ellos sino, y sobre todo, en relación a la tipifica-

"Ya sea a nivel de sector o de empresa, el Convenio Colectivo servirá para materializar las distintas necesidades que cada uno observe en su entorno en materia de digitalización laboral"

ción de las infracciones y sanciones derivadas de su incumplimiento, de ordinario contenidas en la negociación colectiva.

Sin embargo, la intervención de la autonomía colectiva en esta materia no parece sencilla, al menos, por dos razones. La primera, por las propias dificultades de consenso sobre otros aspectos nucleares de la relación laboral (salario, jornada, prevención de riesgos, etc.) que también pueden perturbar el acuerdo en este "nuevo" ámbito. Y, la segunda, porque la regulación de la Ley Orgánica no contempla dicha intervención en todos los casos. De hecho, tan sólo el art. 91 LOPD se refiere a la posibilidad de que los Convenios Colectivos establezcan "garantías adicionales" en el tratamiento de los datos de los trabajadores y en la salvaguarda de sus derechos digitales. Pero, para el resto de los derechos y obligaciones (intimidad, videovigilancia, grabación o geolocalización) se reserva una mención diferente, aludiendo a la información de los trabajadores (sobre instalación de dispositivos de vigilancia –con video, grabación de voz o geolocalización– y el tratamiento de los datos obtenidos) o a la participación de los representantes de los trabajadores (audiencia previa, elaboración de criterios de utilización) mas, en ningún caso, a la negociación por parte de los mismos. Tan sólo el derecho a la desconexión digital se sujetará "a lo establecido en la negociación colectiva" o, en su defecto, a los acuerdos de empresa firmados entre el empresario y los representantes de los trabajadores, ex art. 88.2 LOPD.

Sorprende que, en cada supuesto, se efectúe una graduación distinta de la intervención de los representantes de los trabajadores –o de los empleados públicos ya que la regulación laboral de estos derechos digitales se refiere a ambos colectivos–. Informar o participar no supone el mismo grado de actuación que negociar. Será esta última la que únicamente permitirá a los representantes de los trabajadores intervenir en la conformación colectiva de estos derechos. Y, en este punto, podría cuestionarse si el hecho de que el art. 91 LOPD contemple la posibilidad de que los Convenios Colectivos establezcan "garantías adicionales" sobre estos derechos y libertades extiende sus efectos, como parece, a todos los derechos digitales laborales recogidos en la norma analizada, independientemente de la regulación contenida en cada uno



de ellos. Existe un argumento a favor de esta tesis y es la referencia genérica de dicho precepto a la protección de los derechos digitales en la negociación colectiva; por el contrario, también podría admitirse que cada derecho dispone de una regulación propia, especial y específica, que prevalece. Mas ambas interpretaciones se antojan compatibles toda vez que, ciertamente, cada derecho y obligación tiene su régimen propio lo que no impide mejorarlo con "garantías adicionales" en la regulación convencional.

Constituye ésta una nueva oportunidad para revitalizar la negociación colectiva, a la espera de las reformas laborales anunciadas. Empleadores y trabajadores disponen ya de experiencia, contando con ejemplos destacados de sectores y empresas que ofrecen una detallada regulación convencional sobre la digitalización laboral. La presencia de nuevos dispositivos electrónicos transforma de manera vertiginosa el desarrollo y la actividad empresarial. Especialmente cuando esta última, en un proceso globalizado, tiende a materializarse de forma descentralizada, dificultando la precisión sobre a quién le corresponde adoptar decisiones, imponer límites, controlar datos o establecer sanciones. Una vieja polémica ésta, la de fijar el respeto a los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la empresa, con una dimensión renovada, la de invadir nuestra vida de forma virtual para transformarla y, tal vez, para mejorarla.

EL PAPEL DE LOS CENTROS EDUCATIVOS EN LA DEFENSA DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LOS MENORES



Por Laura Davara Fernández de Marcos
Doctora en Derecho y Experta en Derecho TIC

Introducción

En este trabajo abordaremos uno de los denominados “derechos digitales” incluidos en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales¹. Lo primero que llama la atención en la LOPDGDD es la propia denominación. Y es que, es la primera vez que la ley española de protección de datos en su propio título incluye algo más que la mera “protección de datos personales”. Incluye los llamados derechos digitales² y en este artículo analizaremos uno de ellos estrechamente relacionado con los menores.

Comenzando con el análisis de los derechos digitales relacionados con menores, resulta curioso cómo, dentro del título X que regula los denominados “derechos digitales”, nos encontramos con dos artículos diferentes cuyo título es exactamente el mismo “protección de los menores en Internet”. Estamos hablando de los artículos 84 y del 92 de la LOPDGDD.

Nos centraremos en el análisis de lo dispuesto por el artículo 92 de la LOPDGDD. En nuestra opinión, los artículos 84 y 92 de la LOPDGDD³ han de ir “de la mano” puesto que son dos caras de la misma moneda o, mejor dicho, dos acciones para un único objetivo: proteger al menor, en concreto, respecto al daño –real y potencial– que pueden sufrir por un mal uso de sus datos de carácter personal. Y las dos acciones son necesarias: tanto la labor de los padres como la labor del Centro educativo. En esta ocasión, nos centraremos en la labor del Centro educativo.

“Conviene partir de la base de que ya el espíritu del propio Reglamento Europeo de Protección de Datos pone el énfasis en la protección del menor de edad en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere”

II. El papel de los Centros educativos

Conviene partir de la base de que ya el espíritu del propio Reglamento Europeo de Protección de Datos pone el énfasis en la protección del menor⁴ de edad en lo que al tratamiento de sus datos personales se refiere. Y es que, sin duda, de un tiempo a esta parte, los menores –al igual que los adultos– están expuestos al tratamiento masivo e indiscriminado de sus datos personales debido a su presencia –masiva y en muchos casos descontrolada e “ignorante”⁵– en Redes Sociales, juegos online, concursos, sorteos etc

"Como no podía ser de otra manera, la LOPDGDD mantiene el espíritu del Reglamento Europeo y pone el foco de protección en los menores de edad, tanto en sus nueve primeros títulos como en su ya famoso Título X dedicado en su totalidad a los 'derechos digitales' "

Como no podía ser de otra manera, la LOPDGDD mantiene el espíritu del Reglamento Europeo y pone el foco de protección en los menores de edad, tanto en sus nueve primeros títulos (centrados en la regulación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal) como en su ya famoso Título X dedicado en su totalidad a los “derechos digitales”.

Dado lo limitado del espacio, abordaremos únicamente lo dispuesto por el artículo 92 de la LOPDGDD. Como no podía ser de otra manera, se protege el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal ante el tratamiento de datos de carácter personal que hagan los centros educativos⁶ –y todas las personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad–. No se trata de una cuestión novedosa como tal respecto a lo que ya se desprendía de la LOPD, lo novedoso es la configuración de tal realidad como “derecho digital”.

Analizando el artículo 92 de la LOPDGDD extraemos las siguientes conclusiones:

- Todo el personal que trabaje en el Centro educativo⁷ debe conocer y cumplir la normativa en materia de protección de datos. Por tanto, hacemos hincapié desde aquí en la formación que han de recibir –con frecuencia⁸, dejando constancia documental y asegurando la plena comprensión de sus obligaciones– todas las personas que traten datos de carácter personal en un Centro educativo: profesores, personal de secretaría y administración, personal en prácticas, tutores, voluntarios, personal al cuidado del comedor y el recreo y, por supuesto, personal directivo del Centro. Ha de quedar claro que no es una labor “del Centro” –o al menos no lo es de manera exclusiva–, es una labor del Centro y de todos sus integrantes.

- El Centro educativo debe tener implementados mecanismos y protocolos de acción para garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de los menores en todos los tratamientos de datos personales de los menores que realice, por citar algunos: matrícula, gestión de actividades extraescolares, departamento de orientación, uso de imagen, etc.

- El Centro educativo debe partir de las bases legitimadoras previstas en el artículo 6 del Reglamento Europeo y solo en el caso de que el tratamiento de datos personales esté amparado en alguna de esas seis bases legitimadoras⁹ llevarlo



a cabo, por supuesto, cumpliendo con el resto de obligaciones que el Reglamento Europeo y la LOPDGDD le atribuye¹⁰.

- El Centro educativo debe tener muy claro qué es "labor docente" y "qué no". Por poner un ejemplo práctico, si un profesor quiere hacer uso de la imagen de un alumno suyo en su blog personal es imprescindible que se cuente con el consentimiento del menor –si es mayor de catorce años, tal y como establece la LOPDGDD– o de sus padres o tutores en caso contrario.

- El Centro debe poner a disposición del menor –y, por supuesto, de sus padres y tutores– mecanismos de fácil acceso y gratuitos tanto para revocar el consentimiento prestado como para ejercer los derechos que le atribuye la normativa: acceso, rectificación, supresión, portabilidad, oposición y limitación del tratamiento.

- El Centro debe recabar el consentimiento de manera expresa, mediante clara acción afirmativa, ciñéndose a las exigencias del Reglamento Europeo y de la LOPDGDD. Esto supone el deber del Centro de revisar, de manera proactiva y a la mayor brevedad posible, todos los consentimientos para el tratamien-

to de datos personales con los que contase y, en caso de ser necesario, actualizarlos a los requisitos de la normativa vigente. Debiendo, en todo caso, guardar constancia documental de todo ello.

"En nuestra opinión, tomando como base lo dispuesto por la LOPDGDD, el Centro educativo debe incorporar como 'leitmotiv' de su día a día la defensa del derecho a la protección de datos del menor"

III. Conclusión

Como conclusión, queremos destacar una idea clara y sencilla que creemos y entendemos que todo Centro educativo debe poner en práctica para dar cumplimiento a las exigencias del analizado artículo 92 de la LOPDGDD.

En nuestra opinión, tomando como base lo dispuesto por la LOPDGDD, el Centro educativo debe incorporar como "leitmotiv" de su día a día la defensa del derecho a la protección de datos del menor. Y, por tanto, todos los tratamientos de datos personales que lleve a cabo deben estar orientados a la consecución de este objetivo, limitando al máximo el tratamiento de datos de carácter personal –siempre que no sea necesario para los fines educativos y docentes– e informando de manera leal, clara y transparente tanto a los padres como a los propios menores. Y, lo que es más importante, haciendo partícipe a todo su personal de esta actitud proactiva para conseguir este objetivo.

Hay mucho trabajo por hacer pero merece la pena...y los Centros educativos tienen una magnífica oportunidad –en forma de imperativo legal– para hacerlo.



NOTAS

1. En adelante, LOPDGDD.
2. "Según se explica en el Preámbulo de la Ley, recogiendo literalmente la justificación de la enmienda que proponía la incorporación de este nuevo Título, "Internet se ha convertido en una realidad omnipresente tanto en nuestra vida personal como colectiva". En este contexto, "corresponde a los poderes públicos impulsar políticas que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet promoviendo la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en los que se integran para hacer posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en la realidad digital", todo ello tal como ya han hecho diversos países de nuestro entorno que "ya han aprobado normativa que refuerza los derechos digitales de la ciudadanía". Disponible en <http://noticias.juridicas.com/nuevalopd/noticias/13509-los-nuevos-derechos-digitales-reconocidos-por-la-ley-organica-3-2018-de-proteccion-de-datos-y-garantia-de-los-derechos-digitales/> Visitado el 25 de mayo de 2019.
3. No obstante, consideramos de interés hacer una breve llamada de atención sobre el artículo 84 por la vinculación directa que tiene con el artículo 92, objeto del presente artículo. Nos limitaremos a decir que el artículo 84 de la LOPDGDD pone el énfasis en el papel de los padres y progenitores en lo que a la protección de los menores en Internet se refiere. En este sentido, en nuestra opinión, si bien existen en la actualidad multitud de entidades y organismos –públicos y privados- que ofrecen pautas y herramientas tanto a padres como a hijos en lo que a uso de la Red se refiere, es sumamente importante –y nos alegra que el legislador ya lo haya alzado a la categoría de "derecho digital"- el papel de los padres en esta materia.
4. Entre otras, destacamos los Considerandos 38, 58 y 65 así como los artículos 8 y 12 del texto europeo.
5. Al hablar de presencia "ignorante" nos referimos a la falta de conocimiento -debido a su falta de madurez y a su inexperiencia- del menor sobre el valor de sus datos personales y los peligros relacionados con un mal uso de los mismos.
6. Dada la importancia del papel de los centros educativos en lo que respecta al tratamiento de los datos personales de los menores, queremos traer a colación una Guía publicada por la AEPD en la que se contemplan los aspectos más relevantes que, en materia de protección de datos de carácter personal, afectan a un centro educativo y cuya lectura recomendamos. Está disponible en el siguiente enlace: www.tudecideseninternet.es/agpd1/images/guias/GuiaCentros/GuiaCentrosEducativos.pdf Visitado el 27 de mayo de 2019.



7. Por supuesto quedan integrados también aquí las entidades que presten servicios al Centro educativo y que requieran acceder a datos personales de los menores para ello. O, dicho de otra manera, quedan obligados también los encargados del tratamiento de los Centros educativos. Asimismo, es necesario recordar el deber del Centro educativo, como responsable del tratamiento, de contratar únicamente a encargados del tratamiento que ofrezcan garantías adecuadas así como de firmar el contrato conforme a las exigencias del Reglamento.
8. Es necesario que la formación que reciban esté actualizada tanto a las exigencias de la normativa -presente y futura- como a las nuevas tecnologías, acciones y protocolos que implemente el Centro para cumplir con las funciones encomendadas por la LOPDGDD en lo que a protección del menor se refiere.
9. A saber: consentimiento, obligación legal, interés legítimo, necesario para realizar misión en interés público, necesario para un contrato o necesario para proteger intereses vitales.
10. Por citar solo algunas: cumplir con el deber de información, realizar el análisis de riesgos y, en su caso, la evaluación de impacto, documentar las acciones o realizar el registro de actividades del tratamiento, entre otras.

MOTORES DE BÚSQUEDA DE INTERNET, CINCO AÑOS JUSTIFICANDO EL OLVIDO



Por Ofelia Tejerina

Doctora en Derecho Constitucional por la UCM

En 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoció (Sentencia de 13 de mayo, asunto C-131/12) el "derecho al olvido" de un ciudadano español frente a la exposición pública de los resultados de Google sobre determinados aspectos de su vida.

Era la primera vez que se consideraba a un motor de búsqueda responsable del tratamiento de datos que realiza su algoritmo al ofrecer, mediante la indexación de informaciones relativas a una persona, resultados directamente relacionados con ella. El TJUE consideró que el prestador de servicios debía decidir si existía o no un "interés legítimo" que justificase que tales contenidos se expusieran en las redes, en atención a si le estaban causando un perjuicio real que, ese individuo en cuestión, no estaba obligado a soportar conforme la normativa aplicable de protección de datos personales.

A partir de este momento, cualquier información lesiva que pudiera aparecer en Google tras realizar una búsqueda con el nombre de un individuo, era susceptible de ser suprimida, o más bien "escondida". El afectado podría acudir al formulario que el proveedor de servicios pondría al efecto y, una vez justificado su derecho al olvido, pedir que las búsquedas asociadas a su identidad no arrojasen determinados resultados. El TJUE estableció una vía de reclamaciones directa y práctica, aunque algo arriesgada respecto a la respuesta, porque sería una empresa privada, Google, la que interpretaría quién tenía derecho a ser olvidado y quién no. Muchos pensaron incluso que podrían borrar de Internet toda la información relativa a su vida en función de criterios subjetivos, con un simple "no me apetece que eso esté ahí". Pero la realidad era bien distinta, primero porque en algunos casos está justificado priorizar la libertad de información de los usuarios, y por tanto que se mantenga tal cual la información accesible al público, y segundo, porque no se condicionaba el "hosting" o lugar donde se almacenaba el dato en cuestión, sino el escaparate que muestra los enlaces que dirigen a los usuarios hacia el contenido en sí. En pocas palabras, el derecho al olvido exigía al motor de búsqueda impedir a los usuarios de sus servicios obtener determinados resultados sobre la identidad de un tercero, eliminando los enlaces contravertidos.

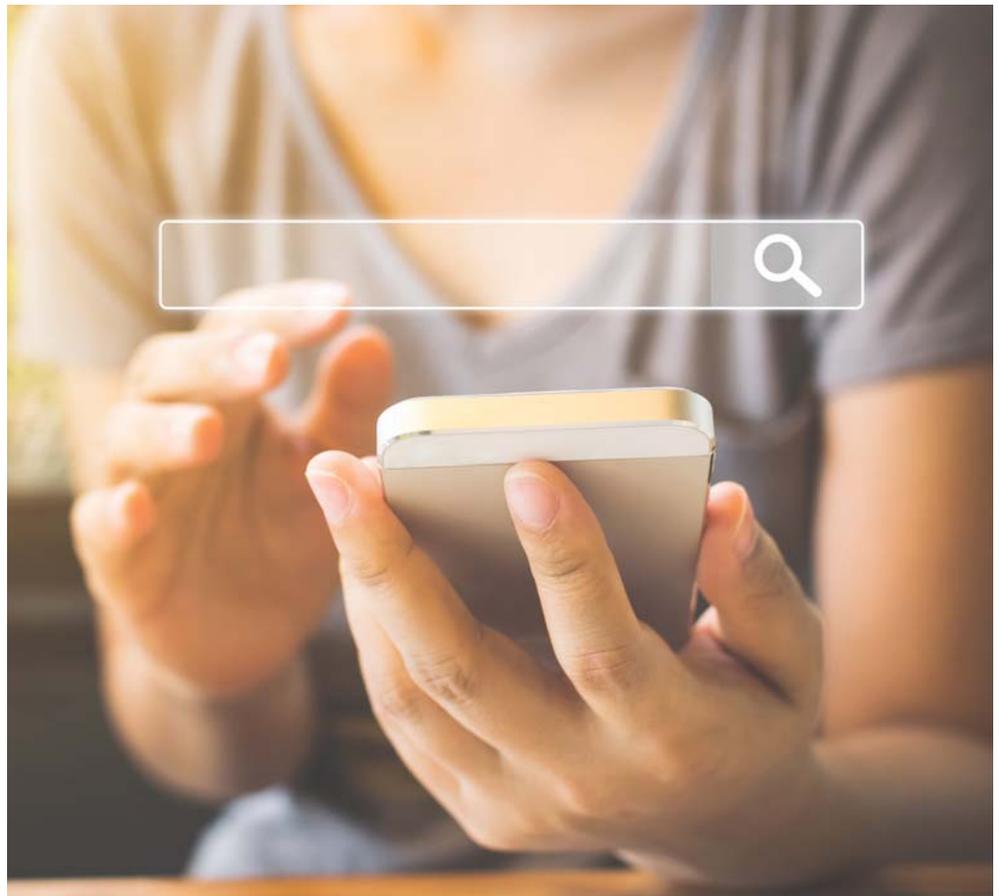
En 2016 el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) "positivizó" la denominación "derecho al olvido" en su artículo 17 para referirse a esta nueva modalidad de ejercicio del tradicional derecho de supresión

"El TJUE consideró que el prestador de servicios debía decidir si existía o no un "interés legítimo" que justificase que tales contenidos se expusieran en las redes, en atención a si le estaban causando un perjuicio real que, ese individuo en cuestión, no estaba obligado a soportar conforme la normativa aplicable de protección de datos personales"

de datos de carácter personal. Vino a exigir a los motores de búsqueda que hicieran desaparecer de Internet "sin dilación indebida" los resultados que, por ejemplo, no fueran necesarios en relación con los fines para los que habían sido recogidos; o bien si el interesado se oponía al tratamiento, o retiraba el consentimiento en que éste se hubiera basado (siempre y cuando no tuviera la obligación legal de aceptarlo); o cuando los datos estuvieran siendo tratados ilícitamente o se debieran suprimir para el cumplimiento de una obligación legal.

Pero no ha sido fácil el recorrido de esta norma hasta hoy. Lógicamente, su aplicación a los casos que han ido surgiendo ha traído quejas e interpretaciones que nos han permitido perfeccionar su vida jurídica, especialmente en lo que se refiere a su convivencia con la libertad de información en Internet. En España la sentencia más destacada hasta el momento podríamos decir que ha sido la del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de junio de 2018 (STC nº 58/2018), por cuanto sienta la doctrina del "interés de la noticia" en relación con este derecho al olvido. Recuerda que la identificación de los implicados en unos hechos para ser difundido como noticia en un medio de comunicación social (o guardarlo en su hemeroteca con posterioridad), debe hacerse de forma "limitada, idónea, necesaria y proporcionada", pues generalmente bastará con mencionar sus iniciales. Otra sentencia interesante es la de la Audiencia Nacional que ha reprochado a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) imponer en 2016 una multa a Google por revelar a los titulares de los resultados que desindexaba, quién y por qué solicitaba el ejercicio del derecho al olvido. Aunque en este caso se anuló la multa por considerar que no se debe particularizar a golpe de sanción cómo deben aplicarse las garantías de este derecho.

Y es que, a pesar de que el llamado Grupo de Trabajo del Artículo 29 (hoy European Data Protection Board) publicase en 2014 unas primeras Directrices de aplicación, de que el RGPD le haya dado forma legal y fuerza vinculante en 2016, e incluso de que en nuestro país la nueva Ley de Protección de Datos, de 5 diciembre de 2018, haya detallado más las condiciones para su correcta aplicación, están siendo los casos denunciados los que muestran los problemas para llevarlo a efecto, y



no tanto por las condiciones técnicas de su aplicación, como por la decisión de quién tiene o no derecho al olvido.

En definitiva, las empresas que presten servicios de motores de búsqueda (y sus abogados) deben tener en cuenta que, en principio, toda persona tiene derecho a que se eliminen de las listas de resultados obtenidos de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, aquellos enlaces que contengan información que le afecte negativamente y sea inadecuada, inexacta, no pertinente, no actualizada o excesiva, o hubiera devenido como tal por el transcurso del tiempo, en atención a "los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información". Y que, en todo caso, desindexar los datos personales de un contenido no va a impedir "el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho" (art. 93 LOPDGD).

Honor, intimidad y protección de datos personales frente al derecho a la información, pueden presumir de tener asentados criterios jurídicos tradicionales para su correcta interpretación, pero parece que no tanto para la aplicación de estas nuevas fórmulas de garantía en su efectivo ejercicio y protección.

EL OLVIDO, UN REGALO PARA LA MEMORIA



Por Paula Ortiz López

Directora Jurídica y de Relaciones Institucionales en IAB Spain

Quizás recuerden la escena de la película *La Duda*, en la que Philip Seymour Hoffman, durante una homilía, para explicarle a una mujer las consecuencias de difundir un rumor, le hace rasgar una almohada en la ventana y volver al día siguiente para indicarle que ha de recoger todas las plumas, a lo que ella responde que es imposible porque se las ha llevado el viento. Esta imagen de plumas, volando por todas partes, la podemos trasladar al entorno de internet en el que, cuando un contenido se publica en la red, es muy difícil contenerlo, acotarlo, eliminarlo o, siguiendo la escena de las plumas de la película, recogerlo.

"Si tuvierais fotos de todo lo que hice en el instituto, probablemente no habría sido presidente de Estados Unidos". Esta frase de Obama, pronunciada en una charla a estudiantes de la Universidad de Chicago, representa de forma clara la situación que pueden vivir muchas personas. Lo vemos en los casos en los que se han rescatado *tuits* antiguos de políticos o deportistas, o chistes sobre atentados terroristas publicados 4 años atrás y que han llevado a su autora a juicio con posterioridad, reabriendo además viejos debates sobre la tensión entre el derecho a la libertad de expresión e información y la protección de datos.

Con la nueva sociedad digital y estas (ya no tan) nuevas formas y vías de comunicación, en las que existe una necesidad de compartir información propia y de terceros, también tienen que existir herramientas que permitan decidir qué se hace con la información del pasado. En esta fase de choque de placas tectónicas entre dos eras, la analógica y la digital, no hemos sido conscientes hasta hace muy poco de que todo lo que se publica o se escribe se almacena y queda guardado en internet.

Por ello, en el año 2009 empezaron a surgir los primeros casos de derecho al olvido en internet, marcando

el principio de este derecho el caso Google vs AEPD. El derecho al olvido es la extensión de los tradicionales derechos de cancelación y oposición a internet para evitar, cuando concurren razones legítimas, que esta información siga disponible. A este derecho, que no es absoluto, se le ha ido dando forma, ya que inicialmente estaba concebido para la eliminación de los datos en los buscadores y se ha ido ampliando a hemerotecas, blogs, redes sociales y todos los servicios equivalentes.

Si bien empezó como un derecho doctrinal, se recoge específicamente en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos. En la LOPDGDD el legislador español establece una nueva redacción al derecho al olvido en el Título X relativo a la "Garantía de los derechos digitales", desglosando este derecho en el artículo 93, relativo al derecho al olvido en búsquedas y el artículo 94, relativo al derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes (considerados legalmente como servicios de la sociedad de la información), del que nos ocupamos en este artículo, y que no se encontraba recogido y desarrollado en la sentencia.

El artículo 94 desarrolla el ejercicio del derecho al olvido en las plataformas de redes sociales de la sociedad de la información equivalentes (aplicaciones de mensajería, plataformas de vídeo, etc.) en tres escenarios:

1. Datos que hubiese facilitado una persona para su publicación en redes sociales y servicios equivalentes. En este caso, establece el artículo que han de suprimirse con la mera solicitud. El artículo 94 de la LOPDGDD, sin embargo, no recoge las limitaciones a este derecho que sí recoge el artículo 17.3 del RGPD para los casos en los que el responsable acredite motivos legítimos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado.

2. Datos facilitados por terceros cuando sean: Inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados, excesivos (o que hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo). Esta situación ha de ponerse en contexto con los fines para los que se recogieron o trataron, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido (concepto algo indeterminado) y la naturaleza e interés público de la información.

En el caso que se hayan aportado datos por parte de terceras personas, se observa que sí se abordan ciertas limitaciones a este derecho que el primer escenario no recoge. El artículo también recoge que se habrán de suprimir los datos cuando las circunstancias personales que, en su caso, invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

3. Datos facilitados al servicio, por un usuario o por terceros, durante su minoría de edad. En este caso, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión a la simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias anteriormente citadas. Este apartado es fundamental, y además tendría que ir de la mano de una mayor concienciación sobre el uso de los datos por parte de estos menores. Porque nos encontramos, de nuevo, con la dificultad para retirar esta información ya que esta puede haberse replicado en multitud de plataformas.

Como excepción a esta capacidad de suprimir datos, el artículo se refiere a los datos que se hayan facilitado por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas. El artículo sin embargo no revela si este ámbito doméstico se refiere al primer escenario (datos aportados por los usuarios) o a los datos aportados por terceros, como comentarios, fotografías o vídeos publicados en una red social. Al respecto, las autoridades de protección de datos europeas dieron un concepto algo *amplio* de ámbito doméstico en las redes sociales: Si el usuario tiene un *alto* número de contactos puede llegar a considerarse responsable del tratamiento. Estos criterios no están exentos de inseguridad jurídica.

Hay que señalar que el artículo 94 deja fuera algunos de los criterios que establece el artículo 17 del RGPD como circunstancias concurrentes para la supresión de los datos, y que deben entenderse de aplicación directa: cuando el interesado retire el consentimiento y no haya otro fundamento jurídico, cuando se oponga al tratamiento conforme al artículo 21 y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente o los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal. Asimismo, no plasma en el texto la limitación al derecho de supresión en los casos que recoge el artículo 17.3 como, por ejemplo, la no aplicación de este derecho cuando el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión



e información, una de las situaciones que más fricciones puede crear entre ambos derechos.

Como puede observarse, la intención del legislador de desarrollar el artículo ha dejado fuera algunas de las circunstancias para llevar a cabo esta supresión. Y es que por ello la Comisión Europea, en su Comunicación COM (2018) 43 final señalaba que *"Al adaptar su legislación nacional, los Estados miembros deben tener en cuenta que cualquier medida nacional que pueda obstaculizar la aplicabilidad directa del Reglamento y poner en peligro su aplicación simultánea y uniforme en el conjunto de la UE es contraria a los Tratados. Asimismo, está prohibida la repetición del texto de los reglamentos en el Derecho nacional (por ejemplo, la repetición de las definiciones o los derechos de los individuos), salvo que sea estrictamente necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios.*

De alguna forma, este artículo redefine los contornos del derecho e introduce incertidumbre jurídica, por lo que habrá de interpretarse de forma conjunta con el artículo 17 del RGPD.

No obstante, este artículo es de vital importancia para su aplicación futura. Vivimos en un entorno en el que todavía falta mucha madurez respecto a las consecuencias de la información que se comparte en las redes. Somos la última generación de la historia de la humanidad que recordará la vida sin internet, e internet también tiene que ser capaz de olvidar. Sobre todo, para estas nuevas generaciones. Y es que, como dice Luis Rojas-Marcos, *el olvido es un regalo para la memoria.*

DERECHO DE PORTABILIDAD EN SERVICIOS DE REDES SOCIALES Y SERVICIOS EQUIVALENTES



Por Eneko Delgado Valle
Abogado, socio de Audens

He de reconocer que, a la hora de poner un título al presente artículo sobre este nuevo derecho digital, tuve serias dudas entre el titular elegido y "El nuevo otro derecho de portabilidad". ¿Por qué? Principalmente porque el derecho de portabilidad, como tal, ya existía de forma previa a la aprobación del artículo 95 de la LO 3/2018 de 5 de diciembre (LOPDGDD), si bien estaba referido a la portabilidad de datos personales, en general, y el art. 95 literalmente estipula que:

"Los usuarios de servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes tendrán derecho a recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios, así como a que los prestadores los transmitan directamente a otro prestador designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible."

Los prestadores podrán conservar, sin difundirla a través de Internet, copia de los contenidos cuando dicha conservación sea necesaria para el cumplimiento de una obligación legal."

¿Cuál es entonces la novedad? Que ahora se viene a reconocer una especie de aplicación específica del derecho de portabilidad, anteriormente relativo a los datos personales, también a los contenidos aportados por los usuarios a estas redes sociales o equivalentes.

El comienzo de sus dos únicos párrafos es toda una declaración de intenciones, y deja claro que tiene en consideración a las dos principales partes afectadas: los usuarios (lo que parece incluir personas físicas y jurídicas) de servicios de redes sociales, pero también a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, estableciendo derechos y obligaciones para ambas.

La primera duda surge al referirse a los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, sin un detalle claro de cuáles son, ya que aunque en algunos parece evidente (servicios como Facebook son claramente una red social, y así se identifican) hay otros en los que es más complicado establecer los límites: ¿es Twitter una red social, un foro o un microblog? ¿Y WhatsApp, un servicio de mensajería u otra red social?

"La primera duda surge al referirse a los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes, sin un detalle claro de cuáles son, ya que aunque en algunos parece evidente (servicios como Facebook son claramente una red social, y así se identifican) hay otros en los que es más complicado establecer los límites"

Los usuarios, como beneficiarios de un servicio (en este caso el de usar las redes sociales y equivalentes) tienen entonces el derecho a recibir sus contenidos para sí mismos, o pedir al prestador que los transmita a un



tercero, siempre que sea técnicamente posible; y al proveedor a guardar copia de lo que necesiten para cumplir obligaciones legales (por ejemplo, como prueba) pero sin poder utilizarlos para otros fines.

Aquí nos encontramos con otro escollo, y es utilizar como presunta única limitación que sea “técnicamente posible”, ya que puede que haya solicitudes que, siendo técnicamente posibles, no sean viables desde el punto de vista económico o de negocio, y encontremos conflictos de derechos evidentes ante la opinión del prestador de que, lo que se le está pidiendo, no es que no pueda hacerse, sino que le costaría tanto (en términos económicos) que no es viable: No todo lo técnicamente posible (casi cualquier cosa lo es en este campo) es viable para la supervivencia de una empresa de servicios, especialmente dependiendo de su tamaño, y esa compilación de datos lleva (o puede llevar) de forma implícita información sensible de la empresa inicial.

Esto, aparte de ser un riesgo (asumible o no por el usuario que lo solicite) puede suponer un esfuerzo tecnológico posible pero desproporcionado, especialmente para nuevos proveedores de servicios, ya que aunque las grandes redes sociales pudieran tener la capacidad económica (otra cosa es si eso supone demasiado “daño” o no a las mismas) para cubrir esos requisitos tecnológicos, los nuevos proveedores tendrían una barrera de entrada al mercado al tener que empezar con la exigencia de esos desarrollos y medidas, en ocasiones des-

proporcionados si tenemos en cuenta que al ser nuevos y no tener casi usuarios tampoco tienen contenidos en volumen importante.

Así pues, ¿quienes son considerados redes sociales o servicios equivalentes? ¿Deben todos ellos cumplir las mismas exigencias pese al coste que puedan suponer?

Al tratar aspectos relativos a los contenidos generados por usuarios, una posible respuesta podríamos encontrarla en el artículo 17 de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, que limita determinadas obligaciones a aquellos “prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cuyos servicios lleven menos de tres años a disposición del público en la Unión y cuyo volumen de negocios anual sea inferior a 10.000.000 EUR”. Es decir, podríamos tener una pista de a qué redes sociales o equivalentes se aplicaría la exigencia y de si el derecho de portabilidad de contenidos puede ejercitarse contra todos los proveedores de servicios o no. En cualquier caso, es una interpretación por analogía que requerirá, como tantos otros aspectos de los nuevos derechos digitales, de desarrollo posterior.

Los contenidos suelen incluir datos personales (pensemos en fotografías, textos firmados, etc.) y aquí sí encontramos una posible diferencia entre el art. 20 del RGPD y el 95 de la LOPD vigente, cuando el Reglamento incorpora un punto 4º diciendo que el derecho “no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros” y aparentemente esto podría suponer que ante la posible afección negativa de dar esa información a terceros cupiera opción a negarse por parte del proveedor. Pero, sin perjuicio de ello, ese punto 4 del art. 20 del RGPD hace referencia únicamente a su punto 1º, es decir, cuando el usuario pide los datos para sí mismo, pero nada dice en caso de que la portabilidad sea directa para otro responsable. Es decir, incluso si los contenidos aportados incluyen datos personales, mantenemos la incógnita en caso de conflicto de derechos e intereses. Y aquí aparece la sombra de la excepción de uso doméstico, teniendo en cuenta que los titulares de este derecho a la portabilidad de contenidos pueden ser también personas jurídicas.

El objetivo directo del artículo 95 parece ser arrojar luz sobre la necesidad de transparencia y control por parte de los usuarios de sus contenidos en redes sociales, reforzando la legislación vigente en materia de protección de datos personales, pero resulta evidente que surgirán escenarios de conflicto y contraposición de derechos e intereses entre las partes, que obligarán a delimitar con mayor exactitud conceptos y límites y a una iniciativa proactiva por parte de los proveedores de servicios para prepararse para la solicitud de ejercicio de estos derechos de forma que no suponga un riesgo a nivel tecnológico, jurídico ni económico.

GESTIONAR EL PASADO EN INTERNET: DERECHO AL TESTAMENTO DIGITAL



Por Ricardo Oliva León

Socio director de Algoritmo Legal, abogado especializado en Derecho de las Nuevas Tecnologías

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que regula determinados procedimientos para que personas autorizadas puedan tomar decisiones relativas al acceso, la rectificación y supresión de los "datos personales" de personas fallecidas, se complementa con el artículo 96 de la propia LOPDGDD que recoge el llamado "derecho al testamento digital", el cual tiene aplicación práctica únicamente dentro del ámbito de internet.

Lo primero que hay que decir sobre este "derecho" es que es un derecho ordinario y no un derecho fundamental, aunque se encuentre recogido en una Ley que tiene el carácter de orgánica. La Disposición final primera de la propia LOPDGDD se encarga de recordar que dicho artículo tiene el rango de ley ordinaria. Por consiguiente, su defensa ante los tribunales de justicia se realizará, llegado el caso, a través de la vía procesal ordinaria y no ante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, ni mucho menos se podrá recabar tutela ante el Tribunal Constitucional vía recurso de amparo, garantía procesal establecida únicamente para las libertades y derechos fundamentales, según lo dispuesto por el artículo 53.2 de la CE.

El contenido de los artículos 96 y 3 de la LOPDGDD es similar en cuanto a las facultades otorgadas, los procedimientos establecidos y las personas autorizadas, y es diferente en dos cuestiones fundamentales. La primera diferencia es que mientras el artículo 96 habla de "contenidos", el artículo 3 se refiere a "datos personales". La segunda diferencia tiene que ver con los sujetos obligados: en el caso del artículo 3, los obligados son los responsables o encargados del tratamiento, en tanto que en el caso del testamento digital son únicamente los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Ambas normas podríamos decir que regulan la gestión del pasado en internet de una persona fallecida.

¿Qué son los contenidos digitales?

Si buscamos un punto de referencia donde apoyarnos para comprender el alcance del término "contenidos", actualmente contamos con la Directiva de Contenidos y Servicios Digitales del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, en vigor desde el día 11 de junio de 2019 (si bien la fecha máxima de transposición vence todavía el día 1 de julio de 2021). Esta Directiva define en su artículo 2:

2.1) "contenido digital": los datos producidos y suministrados en formato digital.

2.2) "servicio digital":

a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o

b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos.

Las categorías de contenidos digitales, servicios digitales y su suministro son variadas. Si se pretende cubrir los rápidos desarrollos tecnológicos y que el concepto de contenidos o servicios digitales mantenga un carácter estable frente a futuras innovaciones podemos incluir dentro de ellos, entre otras cosas, programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos y otras publicaciones electrónicas, así como servicios digi-

tales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. Y todo ello con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a éstos (Considerando 19 de la Directiva de Contenidos y Servicios Digitales). Por consiguiente, puede concluirse que los datos personales tratados en cualquier tipo de formato digital son también contenidos digitales y, por tanto, podrán ser “contenidos” de un testamento digital.

Sujetos obligados

En cuanto a los sujetos obligados, el artículo 96 de la LOPDGDD establece que son los prestadores de servicios de la sociedad de la información, es decir, cualquier persona física o jurídica que realice una actividad económica organizada que constituya un servicio de la sociedad de la información como es el caso de, por ejemplo, el acceso a internet, redes sociales, subastas en línea, correo electrónico, portales web, alojamiento de páginas web en servidores, servicios de acceso y edición en páginas web y blogs, alojamiento de mensajes en foros de tales webs, servicios de chat, herramientas de búsqueda y de información en internet, servicios de motores de búsqueda, periódicos y revistas digitales, y cualquier otro que encaje en la definición de servicios de la sociedad de la información del Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónicas.

Facultades concretas

Las personas autorizadas son prácticamente las mismas que las indicadas en el artículo 3 de la LOPDGDD. A ellas se les faculta poder dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a fin de acceder a los contenidos digitales del fallecido e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino y supresión. Esto incluye la posibilidad de dirigirse al responsable del servicio de redes sociales o de servicios equivalentes para tomar una decisión acerca del mantenimiento o eliminación del perfil de la persona fallecida. Dicho responsable deberá proceder, sin dilación, a eliminar el perfil del fallecido si eso es lo que le ha solicitado la persona autorizada.

Aunque la norma no lo diga, hay que excluir de esta facultad los contenidos digitales de terceros que pudieran encontrarse en el entorno digital del fallecido (por ejemplo, fotografías íntimas de terceras personas que estuvieran en la nube de “Dropbox” de la cuenta de la persona fallecida), así como los mensajes privados enviados a o recibidos por

el fallecido de terceras personas, como las conversaciones en un chat de una red social, los correos electrónicos o los mensajes enviados a través de un sistema de mensajería instantánea. Ello en respeto del derecho de intimidad tanto del tercero como del propio fallecido, según el caso.

Al igual que lo establecido en el artículo 3, el fallecido mayor de edad con capacidad de obrar para testar puede prohibir expresamente en sus últimas voluntades que las personas autorizadas por la ley puedan actuar en su nombre frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Es posible, además, que el causante designe en vida albacea testamentario o a una persona distinta de las mencionadas en la ley o, inclusive, a una institución para que soliciten, con arreglo a sus instrucciones, el acceso a los contenidos digitales con el fin de dar cumplimiento a tales instrucciones una vez fallecido. A fecha de hoy está pendiente un desarrollo reglamentario en el cual se establezcan los requisitos y las condiciones sobre las instrucciones y los mandatos y, en su caso, el registro de los mismos.

El artículo 96 no impide, por otro lado, que se aplique el derecho civil, foral o especial, propio a las personas fallecidas que tengan vecindad civil distinta a la común.

En cualquier caso, los herederos siempre podrán acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

La versión completa de este artículo puede consultarse en www.otrosi.net



LA RESPONSABILIDAD Y EL PROTAGONISMO DE LA ABOGACÍA ANTE LOS DERECHOS DIGITALES



Por Rodolfo Tesone Mendizabal

Presidente de ENATIC.

Diputado del ICAB y Director del Máster de Derecho Digital de la UB-IL3

Ante el vertiginoso avance de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, nos parecía absolutamente primordial plantearnos cuál iba a ser el papel de la Abogacía y de los abogados en medio del imparable proceso de digitalización de la sociedad (y por tanto del Derecho), y del consiguiente cambio de paradigma tanto del ecosistema jurídico como de los operadores del sector legal en un mundo cada vez más digitalizado y globalizado.

Tengamos en cuenta que hace poco más de 10 años la mayoría de personas apenas tenían presencia ni conciencia digital, ni tampoco identidad ni personalidad digital; casi no existían los smartphones, ni las redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, Snapchat), ni WhatsApp, ni YouTube, ni Spotify, ni Netflix, ni las App's (...) y hoy forman parte indispensable de nuestra vida cotidiana, lo cual demuestra que estamos inmersos en un intenso e inexorable proceso de digitalización de nuestras vidas, proyectando nuestra identidad y personalidad hacia internet, en el movimiento migratorio y en la conquista más importante de la historia de la humanidad. Del mundo real al mundo digital, en donde relaciones jurídicas digitales están creciendo y crecerán de manera exponencial, y por tanto —y en la misma proporción— los conflictos jurídicos digitales.

Pero por si eso fuera poco, resulta que nos encontramos ya en las postrimerías de la 3ª Revolución Industrial e inmersos en el inicio de la 4ª Revolución industrial (según Klaus Schwab, director ejecutivo del Foro Económico Mundial, y reconocido oficialmente por el Ministerio de Industria de Alemania), que viene caracterizada por la velocidad, por el alcance y por el impacto de los

sistemas ciberfísicos y la fabricación inteligente, e impulsada por tecnologías como la Inteligencia Artificial, la Robótica, el internet de las cosas y los objetos inteligentes, el Business Intelligence, el Big Data, el Cloud Computing, la realidad virtual y la aumentada, los drones, los vehículos sin conductor, las impresoras 3D, los materiales inteligentes (como el grafeno), la biotecnología, las nanotecnologías, las neorotecnologías o los sistemas de almacenamiento de energía, entre otros.

"Ante el vertiginoso avance de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, nos parecía absolutamente primordial plantearnos cuál iba a ser el papel de la Abogacía y de los abogados en medio del imparable proceso de digitalización de la sociedad"

Se trata de una auténtica Revolución con una característica principal: su vertiginosa velocidad de propagación. De modo que si extrapolamos esa evolución a los próximos 10 ó 15 años, proyectando el desarrollo de tecnologías "de un futuro que ya es presente", nos daremos cuenta que es vital que nos anticipemos para abordar los retos de las nuevas tecnologías y de sus diversas y revolucionarias aplicaciones, así como de sus consecuencias (tanto las buenas

como las malas) para la sociedad y la economía, así como para el Derecho y el Sector Legal.

No estamos en una época de cambios, estamos en un cambio de Época. Y en un entorno digital como es internet, donde hasta el momento el código es la ley, el programador es el legislador, en contextos donde no existe la separación de poderes y la soberanía recae sobre los "grandes señores feudales digitales" (las grandes multinacionales tecnológicas), y donde si no trabajamos en la solución no será posible resolver problemas globales con soberanías ni jurisdicciones estatales, ni conflictos digitales con un ordenamiento jurídico y una administración de justicia del siglo pasado.

Por ese motivo, encauzando los proyectos y la experiencia de ENATIC (Asociación pionera y de referencia en Derecho y Abogacía Digital) y aprovechando la oportunidad que me ofreció María Eugènia Gay (Decana del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y firme impulsora de la carta) de formar parte de su Junta de Gobierno para presidir la Comisión de Transformación Digital, tuvimos claro que el ICAB debía liderar el proyecto para la redacción de la "Carta de Barcelona por los Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital" tanto por su responsabilidad social, como por el poder de representación de la Abogacía Institucional en Barcelona, todo ello desde una perspectiva totalmente transversal y con una voluntad plenamente integradora.

Y esa relevancia puede desdoblarse en varias líneas, todas ellas igual de importantes, pero que podríamos agrupar alrededor de dos ejes:

- El ejercicio diario de la abogacía, de los abogados y abogadas que desarrollan su labor profesional.
- El papel de la abogacía institucional a través de los colegios de la abogacía, que no dejamos de ser más que la suma de los colegiados y colegiadas.

Respecto de los abogados y abogadas en nuestro ejercicio profesional, ¿qué supone el reto tecnológico y su implicación en los derechos?

Si bien nuestra misión esencial no se modifica, la defensa de nuestros clientes y de sus derechos sí que nos impone obligaciones:

- Responsabilidad Digital: tomar conciencia de la importancia de cuestiones como la ciberseguridad



y los ciberriesgos para seguir dando cumplimiento a nuestra obligación de secreto profesional, con la finalidad de no comprometer los datos de nuestros clientes, adoptando las medidas oportunas.

- Capacitación Digital: tomar conciencia de la importancia de la formación permanente en temas digitales y sus implicaciones legales para prestar el mejor servicio en la defensa de derechos que nos ha sido encomendada.
- En definitiva, los abogados y abogadas hemos de enfocarnos hacia la excelencia en la prestación del servicio de defensa teniendo en cuenta los avances tecnológicos, la nueva regulación de los derechos digitales y, en lo que no esté regulado, saber acudir a las fuentes necesarias para seguir defendiendo aquellos derechos primordiales e inherentes al ser humano.

La actual revolución digital y su afectación a los derechos humanos impone también obligaciones a la abogacía institucional

Como entes al servicio y en representación de nuestros colegiados y colegiadas hemos de prestar los mejores servicios para que la abogacía esté integrada por los mejores profesionales. Los colegios han de ser quienes les acompañen en esa transformación digital que también implica el conocimiento del alcance del impacto de la revolución digital en los derechos.

Como instituciones que gozan de un carácter público, hemos de ser capaces de ser referentes para la sociedad, para la ciudadanía, en la defensa de sus derechos,

como lo hemos venido siendo hasta la fecha. Por eso, detectadas nuevas necesidades jurídicas de la ciudadanía, hemos de ponernos al frente de la reivindicación de su cobertura a través de los instrumentos jurídicos que correspondan.

A esta finalidad responde la iniciativa del ICAB de la CARTA DE BARCELONA POR LOS DERECHOS DE LA CIUDADANIA EN LA ERA DIGITAL, a través de la que, y acompañados por más de 150 instituciones entre las que también se encuentra el Colegio de Abogados de Madrid, hemos efectuado una primera versión de Carta de Derechos ante la Revolución Digital.

"La trascendencia del proyecto y el convencimiento de la necesidad del respeto a los derechos humanos ante la revolución digital nos obliga a actuar responsablemente para construir un futuro mejor"

Y a diferencia de otros proyectos similares, no nos hemos limitado a formular principios generales relacionados con los nuevos derechos digitales y especialmente vinculados al ámbito de internet. Desde Barcelona hemos hecho una nueva mirada a los textos internacionales de derechos humanos y fundamentales y hemos analizado cómo los desarrollos tecnológicos pueden impactar en esos derechos que la humanidad ha conquistado, que son inherentes a las sociedades democráticas y que hemos de preservar hacia el futuro para conseguir que la persona se sitúe en el epicentro de la tecnología —y no a la inversa— garantizando el respeto a los Derechos Fundamentales.

A partir de este primer trabajo de redacción realizado con arreglo a estándares de normalización ISO, ha salido como resultado un primer redactado de Carta de Derechos de la Ciudadanía en la Era Digital, que reúne los requisitos que ha de tener cualquier iniciativa de este tipo:

Transversalidad: si bien la iniciativa parte de juristas, del ICAB, ha tenido en cuenta la participación e implicación en el proyecto de otros profesionales: poderes públicos, universidades, representantes del mundo científico-tecnológico, de la vida económica, de expertos en Derecho Digital, de sindicatos y patronales, de entidades sociales, entre otros, para conseguir su-

mar conocimiento, voluntades y sensibilidades múltiples.

Universalidad: en un mundo global e interconectado gracias a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, las jurisdicciones locales de dichos derechos no dan una cobertura suficiente para todos los supuestos que pueden darse, si lo que queremos son respuestas eficaces y satisfactorias a los conflictos digitales. Por eso estamos recabando, y ya disponemos, adhesiones de entidades de los cinco continentes, con un plan de expansión internacional que prevé contar con capítulos estatales y con representantes/embajadores por todo el mundo.

Transformadora: tenemos previsto llegar a los organismos internacionales para convencerles de la necesidad de que esos derechos acaben integrando los ordenamientos jurídicos. Por eso es fundamental esa vocación y participación que excede de lo local, necesaria para alcanzar un consenso internacional integrado por diferentes miradas y culturas.

Holística. no nos hemos limitado al mundo de Internet. Hemos querido contemplar los desarrollos tecnológicos actuales y los que, seguramente, están por venir, como el transhumanismo y el posthumanismo, para garantizar que el ser humano y el respeto a sus derechos más esenciales constituyan el eje central de dichos desarrollos tecnológicos.

Dinámica e integradora: no estamos ante un texto cerrado ni restringido. La Carta redactada es un texto vivo, abierto a la participación de todos y a las diferentes sugerencias y propuestas de modificación que aquellos que quieran participar nos hagan llegar. Durante este año 2019 estaremos recogiendo todas las aportaciones, para alcanzar un redactado de consenso a finales de año.

Como valores y principios, se trata de una iniciativa basada en el humanismo, la sostenibilidad, los principios democráticos, la transparencia y abierta a la participación de todos aquellos que tengan interés. Abierta al compromiso individual y colectivo.

La trascendencia del proyecto y el convencimiento de la necesidad del respeto a los derechos humanos ante la revolución digital nos obliga a actuar responsablemente para construir un futuro mejor. La abogacía y los abogados podemos y debemos ser protagonistas y agentes positivos de esta transformación histórica. Os esperamos y contamos con vosotros en este apasionante e ilusionante proyecto.

Más información en <http://digitalrightsbarcelona.org>

Transformación digital al servicio de la Abogacía 2019



Alter Mutua, **siempre contigo.**

Síguenos en nuestras redes sociales



www.altermutua.com

HACIA LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS ROBOTS



Por Moisés Barrio Andrés

Letrado del Consejo de Estado, Profesor, Árbitro y Abogado

Los autómatas, los *mecanismos ingeniosos*, nos fascinan desde la antigüedad y abrieron el camino a otras criaturas mecánicas, como los robots, y después a ingenios inmateriales o no corporales, como los sistemas de inteligencia artificial (IA) que llevan ya cierto tiempo entre nosotros. Luego vendrían los cyborg, anunciando lo transhumano y lo poshumano, fruto de las investigaciones sobre las relaciones entre cerebro y máquinas, sobre las interfaces cerebro-ordenador —las *Brain-machine interfaces* (BMIs) o *Brain-computer interfaces* (BCIs)— y, más en general, sobre la interacción persona-ordenador —la *Human-computer interaction* (HCI)—.

Ello quiere decir que los robots ya han llegado y que más están en camino. Los robots han salido de las cadenas de montaje de las fábricas para circular por las carreteras, como sucede con los primeros prototipos de coches autónomos, para volar en espacios aéreos más bajos y entregar mercancías por medio de drones o realizar reconocimientos para detectar construcciones no declaradas, por ejemplo. También están reemplazando a los electrodomésticos para crear hogares conectados e inteligentes, y asimismo están viajando a lugares más allá de la capacidad humana para abrir nuevas fronteras del descubrimiento espacial.

Así las cosas, los robots —grandes y pequeños— se han integrado en la asistencia sanitaria, el transporte, la recopilación de información, la producción industrial o el entretenimiento. Todo ello en espacios públicos y privados. Lo mismo cabe señalar de los cada vez más complejos sistemas de inteligencia artificial, que nosotros englobamos dentro del concepto de «robot» (en concreto, un *softbot*), los cuales ordenan las modalidades de funcionamiento de amplias áreas de nuestras organizaciones sociales, incluso dando lugar a lo que se ha denominado la dictadura del algoritmo.

Por ello, cabe afirmar que los robots y los sistemas de inteligencia artificial son uno de los grandes inventos verdaderamente disruptivos del entorno digital, y constituyen, sin duda, un vector de cambio vertiginoso de nuestras sociedades que apenas se ha comenzado a vislumbrar.

Lo que une a todos estos artefactos es la característica de que tales sistemas presentan cierto grado de autonomía en su funcionamiento, de «impredecibilidad», y también cuentan con la capacidad de causar daño

"Los autómatas, los mecanismos ingeniosos, nos fascinan desde la antigüedad y abrieron el camino a otras criaturas mecánicas, como los robots, y después a ingenios inmateriales o no corporales, como los sistemas de inteligencia artificial (IA) que llevan ya cierto tiempo entre nosotros"

físico, lo que abre una nueva etapa en la interacción entre los seres humanos y la tecnología.

Estos rasgos son los que convierten a la robótica en su conjunto en un campo relevante para los reguladores y los operadores jurídicos. ¿Son nuestros marcos jurídicos en vigor adecuados para hacer frente a los avances de la robótica? ¿Pueden regularse las nuevas tecnologías robóticas, en particular si se caracterizan por un comportamiento autónomo cada vez mayor, dentro de los marcos legales y éticos presentes? o, en caso contrario, ¿deben hacerse más genéricas las normas jurídicas existentes para que incluyan también a las tecnologías robóticas? ¿O más bien debemos aspirar a una disciplina jurídica autónoma y propia para los robots?

"Cabe afirmar que los robots y los sistemas de inteligencia artificial son uno de los grandes inventos verdaderamente disruptivos del entorno digital"

Para el estudio de estas cuestiones e intentar aportar algunas respuestas, he dedicado una obra titulada precisamente *Derecho de los Robots* (Ed. Wolters Kluwer). En este libro hemos identificado una serie de cuestiones nucleares suscitadas por el despliegue generalizado de la robótica y de la inteligencia artificial en la sociedad, mediante un estudio interdisciplinar que incluye los aspectos científicos, jurídicos, médicos y éticos más relevantes. Se trata de un área del Derecho que cada vez más irá creciendo en importancia, hasta integrar una nueva disciplina jurídica, el Derecho de los Robots, como en su momento sucedió con el Derecho del Trabajo o el Derecho Ambiental. Más recientemente, en la hace poco estrenada *Revista de Derecho Digital e Innovación* de Wolters Kluwer he acuñado los principios generales del Derecho de los Robots.

En definitiva, el Derecho ofrece herramientas para dar respuesta a este fenómeno disruptivo, si bien queda naturalmente mucho por hacer en un campo todavía incipiente en parte. Abordar estas cuestiones de manera organizada es una empresa colosal, la cual requiere un diálogo permanente y profundo que debe implicar a las disciplinas jurídicas, éticas y científicas si se quiere que sea fecundo y útil, para permitir a los diseñadores y fabricantes de robots evitar problemas legales y éticos. Y todo ello en una rama jurídica nueva, el Derecho de los Robots, que a la vez adaptará el Derecho general —en cuanto que previamente vigente—, y, en la medida de

lo necesario, creará un Derecho nuevo que respete los principios estructurales de dignidad, libertad e igualdad en el marco del mantenimiento de la democracia total de los sistemas robóticos y de inteligencia artificial.

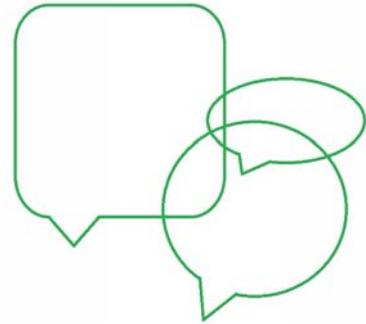
Y el tratamiento de todas estas cuestiones tiene que realizarse con normas jurídicas, porque las normas éticas no cuentan con garantías jurídicas, ya que solo vinculan en el fuero interno y conllevan, en caso de incumplimiento, pecado y eventualmente condena eterna, pero no sanciones, multas o penas de prisión. El Derecho debe asegurar que los productos y sistemas robóticos respeten los derechos fundamentales de las personas recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en las constituciones de los Estados. Además, una regulación anticipada, prudente e inteligente permite a los responsables de la formulación de políticas públicas influir en la forma en que se diseñarán y funcionarán estas tecnologías. Una regulación eficaz también creará confianza en la seguridad de los dispositivos y aplicaciones, además de que garantizará el respeto a la protección de datos desde el diseño y por defecto, lo cual es esencial para que los consumidores, las empresas y las administraciones públicas incorporen estas innovaciones con garantías jurídicas.

A la postre, las notas definitorias comunes que desde el punto de vista tecnológico sustentan y caracterizan a los sistemas robóticos y de IA, así como las situaciones disruptivas privativas que están alumbrando, permiten justificar la autonomía académica y jurídica del Derecho de los Robots. Esta nueva rama, que deberá aprovechar las técnicas y avances del Derecho de Internet, debe estudiar los nuevos problemas de privacidad, responsabilidad civil y penal, consumo y seguridad, entre otros, que los robots y los sistemas de inteligencia artificial están empezando a plantear. Incluso no faltan quienes defienden la creación de una Comisión Federal de Robótica o Agencia pública equivalente que regule esta materia.





Por Andrés Sánchez Magro
Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid



LOS TOROS COMO BIEN CULTURAL

En el viejo debate a favor o en contra de la Tauromaquia, los argumentos se suceden en cascada a lo largo de los tiempos, pues no es una polémica nueva. Hubo Papas como Pío V que en una Bula promulgada en 1567 prohibió los espectáculos taurinos bajo pena de excomunión por ser propios del demonio. O escritores como Eugenio Noel que descargaron su literatura para anatematizar el juego de toros, por ser propio de una denostada cultura popular que llegó a denominar flamenquismo. Realizar un acercamiento estrictamente jurídico hacia la tauromaquia pasa por considerar que se trata de un acto de naturaleza cultural que tiene, como tal, aspectos trasversales.

Se ha pretendido dejar de manera descarnada la corrida de toros como una simple secuencia, donde un animal es sacrificado en una plaza de toros para regocijo sádico de unos espectadores que desdeñan el aparente maltrato animal. Esta posición animalista intenta desnudar de todo significado a la manifestación taurina, al centrarse exclusivamente en la protección del animal de manera análoga a cualquier otro ser vivo. Las invocaciones que se suelen emplear, que incluso descansan en una interpretación lite-

ralista de preceptos propios del Código Penal, describen una actuación descontextualizada de la relación entre el torero y el toro, o de cualquier ser humano en relación con el ganado bravo.

"Se ha pretendido dejar de manera descarnada la corrida de toros como una simple secuencia, donde un animal es sacrificado en una plaza de toros para regocijo sádico de unos espectadores que desdeñan el aparente maltrato animal"

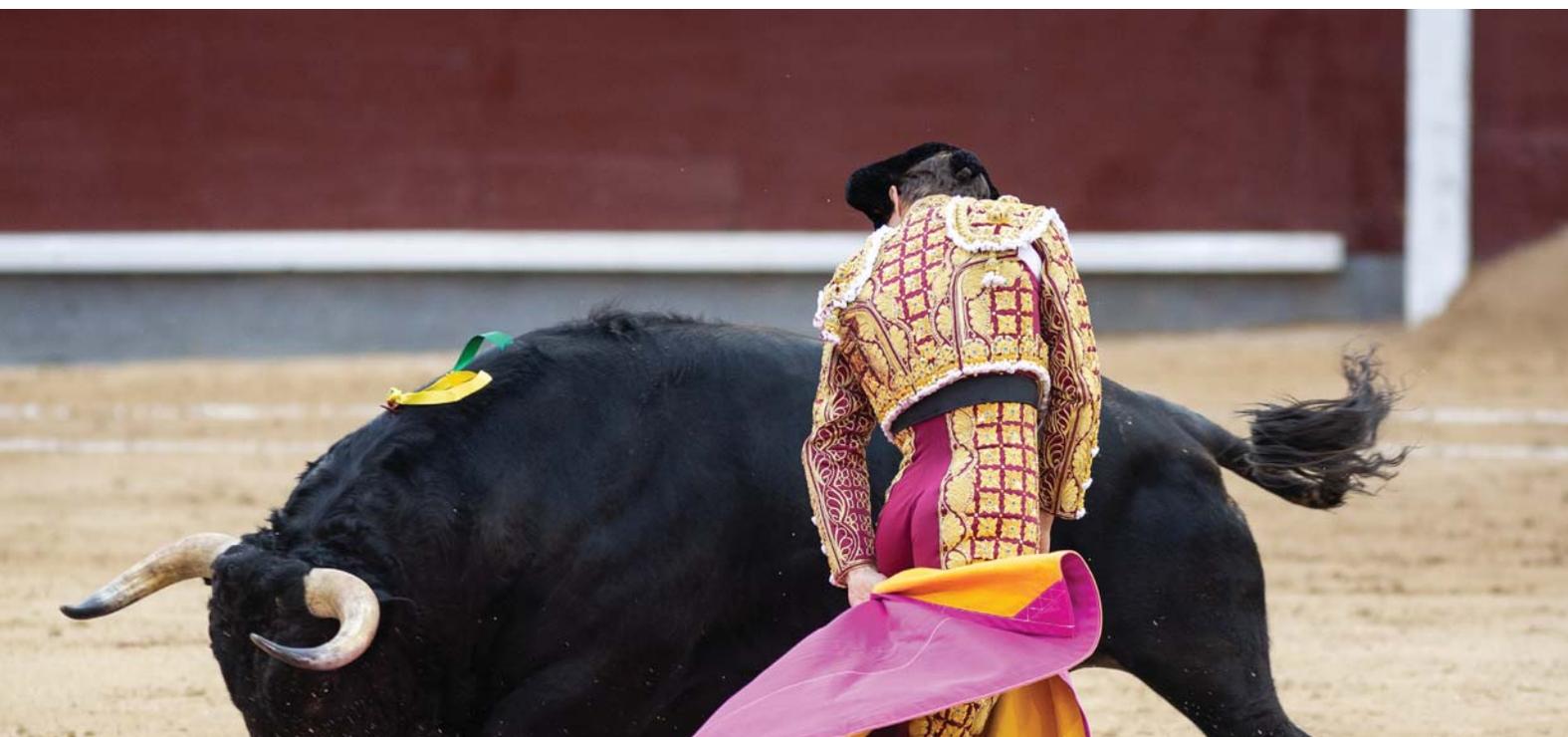
Por qué ocultarlo, existe una corriente de presunta matriz jurídica que intenta dotar a los animales, encarnados en este caso en el toro bravo, de la categoría de titulares de derechos subjetivos. En una poco técnica concesión de derechos, en un plano antropomórfico, hoy tan querido por el animalismo, que desconoce la elemental cuestión de que no hay derechos sin obligaciones. Elemento de contrapartida del que evidentemente carecen los animales. La mal llamada Declaración Universal de los Derechos de los Animales que se dice aprobada por la UNESCO, ha sido uno de los baluartes jurídicos en tal sentido. En realidad, no es tal Declaración pues solo en 1978, y en una sala de la UNESCO, se reunió en tal fecha la auto-proclamada Liga Internacional de los Derechos de los Animales para presentar su texto, sin que en modo alguno el Organismo Internacional haya suscrito Declaración alguna. En todo caso, lo anterior supone que la Tauromaquia es un proyecto de exclusivo objeto para el maltrato animal.

Bien al contrario, la Tauromaquia debe ser puesta en su valor cultural especialmente. Forma parte de un patrimonio histórico inmaterial que ha vertebrado gran parte de la vida de pueblos mediterráneos y del otro lado del Atlántico en una épica construcción de las relaciones entre el hombre y el animal. La corrida de toros, con sus tres tercios, supone un elemento litúrgico de sacrificio ritual, donde el torero encarna la destreza frente a la fuerza bruta de un animal único, bello y que está en el origen mismo de Europa de manera mitológica. El Tribunal Constitucional español en su sentencia de 13 de diciembre 2018, resolviendo el recurso del Gobierno de la nación frente a la Ley de las Islas Baleares que establecía límites radicales a la corrida de toros, incluida la prohibición de los caballos o de la suerte de matar, resolvió que la Tauromaquia es un hecho cultural que forma parte del patrimonio cultural. Se llegó incluso a considerar como institución cultural, pues la corrida de toros en su versión ya arraigada históricamente merece una protección constitucional. El Alto Tribunal marca el camino para los que propugnan que el desarrollo de la Tauromaquia supone un depósito de valores que identifican un pueblo, que resumen tradición y que posee una dimensión artística innegable.

Casi no sería necesario recurrir a postulados argumentativos sobre el valor ecológico de la dehesa donde vive el ganado bravo, de la singularidad de la especie, de que son escasos los ejemplares de la ganadería brava que mueren en la plaza frente a una amplia población que mantiene el ciclo, pues el conjunto ético y artístico que encierra lo taurino sirve por sí mismo para mantener su vigencia. Máxime en un mundo plural donde está destre-

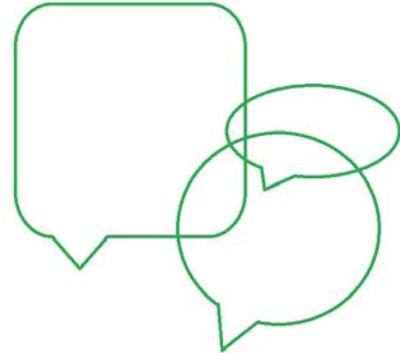
rrado el pensamiento único y en una sociedad plural y abierta donde deben coexistir todo tipo de manifestaciones para el enriquecimiento de la sociedad. La Tauromaquia tiene una dimensión incluso ética. No hay más que acercarse a la personalidad del torero, a su formación como artista, y a códigos no escritos donde el respeto a la antigüedad y la capacidad de sacrificio son expresiones raras en el mundo actual.

La defensa de la cultura sin condicionantes ideológicas y el libre desarrollo de la personalidad, valores constitucionales, deben ser considerados a la luz de la Tauromaquia. Y, desde luego, incluso frente a posiciones animalistas que pudieran ser mantenidas por partidos políticos de amplio seguimiento, como un derecho de ejercicio por minorías que merece idéntico respeto que otras que históricamente y con fines diversos han reivindicado su reconocimiento. No puede negarse que el hecho cultural taurino es especial, único en el mundo, de profundas raíces históricas y que gira sobre el eje del toro bravo. Y evidentemente que el rito supone la muerte del animal al que se conceden honores y al que se destina genéticamente para tal fin, desde el máximo respeto hacia su especie y su genealogía. En una sociedad tan líquida como es la cibernética, este patrimonio cultural taurómico debe gozar de la protección propia de su singularidad, y de ser la fuente de vida e ilusión de millones de ciudadanos. La libertad, y no otra cosa distinta, es lo que debe ser protegido a la hora de examinar jurídicamente la cultura del toro bravo. O el respeto que propugnó Spinoza cuando reflexionó que "la actividad más importante que un ser humano puede lograr es aprender para entender, porque entender es ser libre".





Por **Paloma Ortiz Toro**
Abogada



LOS TOROS, ¿PROTECCIÓN HACIA UNA MANIFESTACIÓN CULTURAL O RECHAZO AL MALTRATO ANIMAL?

De que la tauromaquia es una actividad que ha formado parte de la cultura española tradicionalmente no cabe ninguna duda, como tampoco cabe dudar de que los sacrificios humanos formaban parte de las tradiciones mayas y aztecas.

De que la tauromaquia consiste en el maltrato de un toro hasta darle muerte, tampoco cabe ninguna duda, pues consiste, la lidia, en ejercer, con mayor o menor destreza, según los casos, diversos actos de violencia contra el animal hasta que finalmente se le ejecuta en la plaza.

Tampoco cabe duda de que el maltrato de los animales domésticos o amansados –los toros lo son, al igual que las hembras de su especie– genera en la sociedad española el suficiente rechazo como para perseguir penalmente la conducta a través de los tipos contemplados en el artículo 337 del Código Penal.

La cuestión, entonces, no consiste en dirimir si la tauromaquia es una manifestación cultural, que lo es, o un acto de maltrato animal, que también lo es; la cuestión estriba en analizar si la circunstancia de que la tauromaquia sea una manifestación cultural tradicional española justifica por sí misma el maltrato animal en el que consiste.

La respuesta, entiendo, es que no. Del mismo modo que el carácter tradicional, y en ocasiones hasta sagrado, que para algunas culturas precolombinas tenían, no justifica la perpetuación y protección por parte de los poderes públicos de sus tradicionales sacrificios humanos, por más artísticas que pudieran resultar algunas ejecuciones y por más puestos de trabajo que se perdieran con su erradicación.

Que los animales no humanos tienen conciencia no es, a estas alturas, una cuestión discutible. A pesar de que hay quienes perseveran en afirmar que los toros no experimentan sufrimiento alguno, está científicamente probado

"De que la tauromaquia es una actividad que ha formado parte de la cultura española tradicionalmente, no cabe ninguna duda, como tampoco cabe dudar de que los sacrificios humanos formaban parte de las tradiciones mayas y aztecas"

que los animales no sólo perciben su propia existencia y el mundo que les rodea, sino que también tienen la capacidad de experimentar, además del dolor físico, emociones como el miedo, la angustia, la tristeza o los celos. Así lo han aseverado destacados neurocientíficos en la Declaración de Cambridge sobre la conciencia, de 2012 y, en sentido inverso, no existe un solo documento científico que constata ni propugne lo contrario.

A estas mismas conclusiones, por otra vía, habían llegado ya hace tiempo los estudiosos de la tauromaquia, pues torear no es otra cosa que utilizar el conocimiento que se tiene del comportamiento del toro –las reacciones a las emociones que experimenta– para manipularlo al servicio de la lidia.

Así saben los estudiosos y teóricos de la lidia que el toro es un animal pacífico y más bien asustadizo, que en libertad no ataca al hombre y por eso es obligado meterlo en una plaza de la que no pueda escapar para conseguir que embista, pues sólo el toro que está acorralado y aterrorizado reacciona embistiendo. Juan Belmonte, a quien se considera padre del toreo moderno, lo explicaba diciendo “es verdad, y todo el mundo lo sabe, que el toro en campo abierto no embiste; sólo suele embestir el toro abochornado, es decir, el que se separa de la piara después de una pelea. También las vacas paridas. Pero el toro cuando en su marcha por el campo se encuentra a un presunto enemigo, se limita a dar la vuelta y emprender la retirada”.

El otro conocimiento fundamental para comprender cómo funciona la lidia es conocer lo que caracteriza al toro bravo. El toro es bravo si, cuando embiste, lo hace al objeto más cercano y en movimiento. No significa que embista más ni con mayor agresividad, significa que entre un objeto estático y otro en movimiento, embestirá al que se mueve.

A partir de esos dos datos, y disponiendo de toros seleccionados genéticamente para potenciar la bravura, torear consiste en aplicar ese conocimiento, encerrando al toro en la plaza para que se asuste, pues es el miedo lo que le lleva a embestir, y engañándole con el trapo para que lo haga en el modo que al torero más le convenga. Todo ello, por supuesto, mientras se le desangra inicialmente con los puyazos en el tercio de varas, –para que embista, pero embista más flojo–; se le banderillea después para que, a pesar de la debilidad derivada de la pérdida de sangre, no se adormezca; se le engaña con el trapo, para colocarle la cabeza en la posición necesaria para clavarle el estoque, a traición, cuando está mirando el trapo; y finalmente se le deja paralizado con la puntilla convenientemente

clavada en la médula espinal, antes de cortarle las orejas, –muchas veces vivo y consciente aún–, si el torero ha ejecutado con destreza la faena.

Personalmente, considero que no hay tradición cultural ni expresión artística ni goce estético que justifiquen los sacrificios humanos precolombinos. Tampoco considero que justifiquen el martirio de un animal asustado.

Afortunadamente, cada vez es mayor la proporción de la población española que coincide en esta apreciación, y así las estadísticas del Ministerio de Cultura sobre hábitos y prácticas culturales de los españoles arrojan que sólo un 10% de la población va a los toros y que el 62% de la población no sólo no va, sino que rechaza los espectáculos taurinos puntuándolos con un 0, puntuación que no le dan los encuestados ni al cine ni al teatro ni a la lectura.

Dado que las normas jurídicas no dejan de ser un reflejo de la sociedad que las crea, y estando la sociedad española cada vez más evolucionada, y en consecuencia posicionada en contra del maltrato animal, lo previsible es que en un plazo no muy lejano, el legislador se dé por enterado del sentir general y elimine esta excepción a las reglas contempladas en el artículo 337 del Código Penal, derogando la *Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural*, que le confiere a esta actividad el amparo del artículo 46 de la Constitución Española, en un contexto social e histórico –el nuestro– en el que no se comprende la instrumentalización de nuestra carta magna para amparar el martirio de rumiantes asustadizos, ni siquiera con la coartada de la exaltación de la identidad nacional, porque la nación, hace ya tiempo, no se identifica como torturadora de rumiantes sino como quien los protege. Las sociedades evolucionan y con ellas el marco jurídico, por más que todavía se resistan algunos nostálgicos, como seguramente también se resistieron algunos mayas en el Yucatán.



Por José María de Pablo Hermida
Socio en Bufete Mas y Calvets



¿SE ABUSA EN ESPAÑA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL?

"Para abordar este debate hay que partir de una premisa: la prisión provisional no se acuerda en función de la inocencia o culpabilidad del investigado, sino de la concurrencia o no de los requisitos que establece el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"

La reciente sentencia que absuelve a Sandro Rosell después de que este haya pasado casi dos años en prisión provisional, ha reabierto el debate acerca del uso que se hace de la prisión provisional en España.

Para abordar este debate hay que partir de una premisa: la prisión provisional no se acuerda en función de la inocencia o culpabilidad del investigado, sino de la concurrencia o no de los requisitos que establece el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y aunque es verdad que para adoptar esta medida se exige la presencia de indicios racionales de criminalidad contra el investigado (art. 503.1. 1º y 2º LECRIM), también es cierto que en el momento de acordarla –normalmente al comienzo de la instrucción– el Juez solo cuenta con los datos que se tienen en ese momento, en el que aún no podemos saber si esos indicios se convertirán algún día en prueba de cargo. Por eso debemos evitar la tentación de apuntar al Juez de Instrucción cada vez que un preso preventivo resulta finalmente absuelto. La cuestión es mas compleja.

Lo que se debe exigir al Juez de Instrucción es que, al adoptar su decisión, sea escrupuloso con lo que marca la ley. Y eso supone, en síntesis, hacer tres comprobaciones.

Primero, el Juez deberá asegurarse de que realmente existen indicios de criminalidad contra la persona cuya prisión provisional se va a acordar (art. 503.1.2º LECRIM). Y un informe de la UCO o de la UDEF repleto –como, desgraciadamente, cada vez es más frecuente– de sospechas y conjeturas puede ser, quizás, una *notitia criminis* suficiente para iniciar una investigación, pero no para acordar una prisión provisional.

En segundo lugar, habrá que garantizar que la finalidad de la prisión provisional que se acuerda es una de las cuatro que autoriza el art. 503: enervar el riesgo de fuga, impedir la destrucción de fuentes de prueba, proteger a la víctima, o evitar el riesgo de reiteración delictiva.

Y, por último, como estamos ante una medida excepcional, se deberá comprobar que no existan medidas menos gravosas que la prisión provisional y que permitan alcanzar sus fines (art. 502 LECRIM).

Pero, al hacer esta triple comprobación, el Juez de Instrucción debe ser especialmente cuidadoso, porque estamos ante una medida cautelar muy gravosa: todo preso preventivo es un potencial inocente, y el daño que se le puede ocasionar aplicando esta medida con frivolidad es irreparable. Si hay una figura con la que es mejor pasarse de garantista, es la prisión provisional.

Entonces, ¿cuándo se abusa de la prisión provisional? La respuesta es fácil: se abusa de esta figura cuando no se cumple rigurosamente lo que ordena la LECRIM.

Por ejemplo, se abusa de la prisión provisional cuando un juzgado de instrucción asume acriticamente un informe/atestado de la policía judicial –que previamente asumió, igual de acriticamente, la Fiscalía– y que describe como indicios de criminalidad lo que no son más que sospechas y conjeturas descontextualizadas. Si ese juzgado acuerda la prisión provisional del investigado sin esperar a que esas sospechas y conjeturas pasen a la categoría de indicios racionales de criminalidad, estará abusando de la prisión preventiva.

Se abusa de la prisión provisional cuando se utiliza, no para cumplir uno de los fines establecidos en el art. 503 LECRIM, sino como medio para obtener la “voluntaria” colaboración del investigado y su declaración en un sentido concreto. Todos conocemos casos –están en la hemeroteca– en los que se mantiene a alguien en prisión por un largo periodo de tiempo hasta que éste accede a prestar una declaración heteroincriminatoria, en el sentido que conviene a la acusación, y es en ese preciso momento –¡qué casualidad! – cuando milagrosamente desaparece el riesgo de fuga.

Se abusa de la prisión provisional cuando se da por sentado de manera automática el riesgo de fuga, atendiendo exclusivamente, a veces, al carácter mediático del caso, y sin descender a las circunstancias reales del reo en cuestión. Por poner dos ejemplos, no es lo mismo el riesgo de fuga de los acusados en el juicio del procesado –a los que

bastaría con viajar a otro país de la Unión Europea para sustraerse a la acción de la justicia, como se ha comprobado–, que el caso de un investigado enfermo de leucemia, cuya enfermedad y dependencia del tratamiento médico hace difícil imaginar de qué modo podría fugarse.

Y, sobre todo, se abusa de la prisión provisional cuando se desprecia la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas que permitan alcanzar los mismos fines que la prisión (art 502.2 LECRIM): las habituales de depósito de fianza, prohibición de salida del territorio nacional, o comparecencias periódicas, pero también otras menos frecuentes como el arresto domiciliario o las pulseras electrónicas.

En cualquier caso, la escrupulosa y garantista aplicación de lo establecido en la LECRIM nunca evitará la posibilidad de que una persona inocente pase un tiempo en prisión provisional. De ahí la necesidad de reformar el artículo 294 LOPJ, que solo prevé indemnización para los casos en que la absolución se deba a la inexistencia del hecho, pero no se extiende a aquellos en que se absuelve por falta de pruebas, ni siquiera cuando se acredita la inocencia del acusado. En mi opinión, un nuevo artículo 294 LOPJ que estableciese indemnizaciones automáticas por cada día de privación de libertad previa a una absolución, no solo supondría una justa –dentro de lo que cabe– compensación a quien la sufre: sería también un mecanismo eficaz para reducir el abuso de la prisión provisional.



Por José Antonio Vázquez Taín
*Magistrado titular del Juzgado
 de Instrucción número 2 de A Coruña*



UN RECURSO MAL APROVECHADO

"El hecho de que una medida tan gravosa como la privación de libertad pueda adoptarse con carácter cautelar o provisional respecto de una persona no condenada, y que por ello goza de la presunción de inocencia, es totalmente incompatible con la realidad fáctica e incontestable de la lentitud de la Justicia Española"

La eficacia de la prisión provisional, como la de cualquier otra herramienta, sea esta procesal, quirúrgica o de carpintería depende en gran medida de la habilidad de la mano que la emplea. Está claro que un juzgador con la sensibilidad suficiente como para adoptarla únicamente en aquellos casos en los que la ponderación, necesidad-eficacia frente a la gravedad sea positiva, y que además actúe con la adecuada responsabilidad de revisarla con la frecuencia pertinente como para que su duración se limite al aseguramiento de unas expectativas cautelares y no se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena, hará de esta medida procesal un útil instrumento con el que impedir la desaparición de pruebas, evitar la reiteración delictiva o asegurar la presencia del investigado a disposición de la Justicia, sin que la inevitable lesión de derechos fundamentales que implica, suponga menoscabo alguno del carácter garantista que todo ordenamiento jurídico debe tener, máxime en el ámbito penal.

Dejando al margen el factor humano y su consiguiente probabilidad de error, inevitable en toda actuación que dependa de una persona, por muy profesional que ésta sea, está claro que aquellos instrumentos destinados a ser utilizados sobre bienes fundamentales de la existencia humana, como la libertad, deberían estar concebidos, diseñados y revisados con la periodicidad oportuna que permita calificarlas de herramientas de precisión. Pues cualquier empleo defectuoso, por mínimo que sea, tiene consecuencias irreparables sobre el justiciable afectado, trastocando su vida irreversiblemente.

Analicemos algunos defectos de uso y errores de diseño que creo existen en esta medida, aunque parezca incompatible tal opinión con la condición de juzgador que ostento.

El hecho de que una medida tan gravosa como la privación de libertad pueda adoptarse con carácter cautelar o provisional respecto de una persona no condenada, y que por ello goza de la presunción de inocencia, es totalmente incompatible con la realidad fáctica e incontestable de la lentitud de la Justicia Española. Tal defecto crónico, nunca atendido por nuestros políticos que ni siquiera han mencionado a la Justicia en la última campaña, provoca que al menos respecto de dos de los fines que justifican la prisión provisional, se vean desnaturalizados, a pesar de que en su concepción encajaban perfectamente con esta institución: el aseguramiento de la prueba y del detenido.

Nadie niega que el riesgo de fuga y la necesidad de asegurar la prueba en los delitos graves justifican que el investigado sea sometido a medidas cautelares que limiten o impidan su libertad deambulatoria. Así está previsto en todos los ordenamientos jurídicos modernos. Pero la disfunción surge en el momento en que, aun gozando las causas con preso de preferencia en la tramitación, la instrucción se dilata por meses, injustificadamente. Y no es la tramitación procesal la causa de tal retraso –por más que los responsables del ejecutivo se empeñen en ponerse vendas en los ojos y en imponer plazos utópicos e incumplibles–, es la sobrecarga de trabajo, los cientos de asuntos pendientes, lo que impide que se puedan atender los asuntos por todos los operadores, investigadores, defensas, fiscalía y juzgado, con la dedicación y prontitud que la seriedad del tema exige.



Sería utópico defender que no está justificada la prisión en los supuestos de riesgo de fuga, por considerar la libertad preeminente frente a la Justicia. Pero una vez limitado de forma legítima el derecho fundamental, la vulneración abusiva del mismo se deriva del hecho de que el procedimiento languidecerá durante meses, si no años, en las causas complejas, descansando en el estante de un funcionario (del inexistente expediente digital podemos disertar otro día), a la espera de que algún hueco entre otros asuntos permita resolver algún trámite pendiente. El preso preventivo no debería sufrir el retraso temporal injustificado en espera de juicio.

"Lo que estaba plenamente justificado por la necesidad, utilidad y proporcionalidad, se convierte en violación de derecho por la perdurabilidad"

Y lo mismo puede decirse del aseguramiento de la prueba. El volcado de terabytes de información y su estudio, la espera de un análisis de ADN, la pericial técnica imprescindible para esclarecer cualquier delito, al realizarse por grupos especializados de investigación o laboratorios cualificados con cientos de informes pendientes, impone necesariamente meses o años de espera no imputables al reo. Pero éste los tendrá que sufrir privado de un derecho

fundamental. Lo que estaba plenamente justificado por la necesidad, utilidad y proporcionalidad, se convierte en violación de derecho por la perdurabilidad.

Al margen de problemas estructurales como los expuestos, también la mecánica de aplicación incurre frecuentemente en disfunciones. Existen delitos en los que el riesgo de reiteración delictiva es permanente en el individuo, como el depredador sexual, el maltratador o el violento. Pero en otras tipologías delictivas, como los delitos contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico, o delitos incidentales, adquirida por el investigado conciencia de la gravedad de sus conductas, o estabilizado de sus desequilibrios psíquicos causados por los tóxicos, el riesgo desaparece sin que exista un mecanismo de interrelación entre el centro penitenciario y los responsables judiciales de la medida, que les advierta de la desaparición de la causa que justificaba la prisión. La falta de revisión periódica de la medida puede convertirla en injusta por innecesaria.

Pero al margen de lo expuesto, habrá de convenirse por los prácticos del derecho que, en general, la medida se adopta con precaución por los Instructores, pues somos conscientes de su gravedad. Procuramos proceder a su levantamiento siempre que la carga de trabajo nos permita atender e impulsar los asuntos. Y frente a otros estados también considerados democráticos, los errores que se producen en España no suelen ser frecuentes.

Desde luego que es una institución cuyo uso puede mejorarse, pero para ello hace falta el esfuerzo de otros responsables y no sólo de los Jueces.

¿NECESITA SER PROTEGIDO EL ABOGADO DE SU CLIENTE O DE TERCEROS?



Por Antonio Agúndez López
Abogado, vicepresidente de APROED
(Abogados y Ciudadanos pro Estado de Derecho)

El "gremio" medieval era una asociación económica en la que se agrupaban trabajadores que poseían el mismo oficio. Su función principal era la de proteger sus intereses, controlando la calidad y el precio de los productos y servicios y procurando que todas las personas pertenecientes al gremio tuvieran un trabajo. Y no sólo se preocupaban de las condiciones laborales, sino también de la salud espiritual y material de sus integrantes, asumiendo el cuidado de las viudas y huérfanos de los miembros del gremio fallecidos.

Esos principios de mutualidad y autoayuda no deberían ser ajenos a la, hoy por hoy, colegiación obligatoria en la Abogacía.

En los últimos meses han aflorado a los medios de comunicación distintos casos que visibilizan la oculta realidad de las agresiones con resultados lesivos, físicos o morales, a abogados y abogadas en su ejercicio profesional. Amenazas procedentes de sus propios clientes (sob), terceros e incluso de otros operadores jurídicos (policía, "compañeros", jueces...).

Conductas que, al igual que se ha suscitado en otras profesiones (medicina, enfermería, trabajo social) precisan y piden ya de los Colegios de Abogados ejercer cuantas iniciativas o acciones institucionales sean

oportunas para la efectiva defensa de sus colegiados y recuperar, así, el efecto-tutela de los primitivos "gremios" de artesanos.

"Defender al Defensor" no sólo garantiza el derecho de defensa en su conjunto (función pública y de interés general), sino que, sobre todo, presta amparo personal al profesional "agredido", quien se ve tutelado por el "gremio" al que está obligatoriamente adscrito (función colegial y de interés privado).

El ejercicio de la Abogacía en cualquier de sus fórmulas (bien particular, bien designado "de oficio") permite esperar de los Colegios de Abogados, en cuanto "Corporaciones de Derecho Público", no sólo el cobro de cuotas ó la notificación de sanciones deontológicas, sino también la necesaria tutela como pieza clave (el "factor humano") que somos del Estado Social y democrático de Derecho (Artículo 1-1 de la Constitución Española), actuando en beneficio de todos los ciudadanos,

que ven garantizado su derecho a una efectiva asistencia legal.

Y la garantía "gremial" de esta imprescindible integridad, física y emocional, en el noble ejercicio de la Abogacía demanda de los nuevos Colegios de Abogados reformular los "viejos" principios de mutualidad y

"En los últimos meses han aflorado a los medios de comunicación distintos casos que visibilizan la oculta realidad de las agresiones con resultados lesivos, físicos o morales, a abogados y abogadas en su ejercicio profesional. Amenazas procedentes de sus propios clientes, terceros e incluso de otros operadores jurídicos"



o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.”

La actual respuesta sancionadora a las vejaciones físicas o psíquicas a un letrado (desde la bofetada a los insultos o amenazas verbales) o conducen a la vía civil por la supresión de las faltas, o no exceden del Delito Leve, y su efecto no resulta disuasorio. Cuando un abogado trabaja, al igual que un profesor o un médico, está garantizando el disfrute de derechos otorgados a los ciudadanos por mandato constitucional (lo que resalta especialmente en la Abogacía de Oficio, garante del acceso a la justicia y administrada como servicio público por los Colegios de Abogados).

autoayuda mediante el ya urgente debate de múltiples propuestas, de entre las que destaco:

1.- Desarrollo de propuestas normativas

1.1. Aprobación de Medidas preventivas en toda reunión reservada letrado-detenido privado de libertad: La Directiva 2013/48/UE, del P.E. y del Consejo, de 22 de Octubre de 2013, por primera vez apunta expresamente situaciones singulares para el defensor y que pueden suponer un riesgo para su salud y seguridad personal (y cabe promover desde estancias vigiladas pero sin audio, al uso rutinario de material sanitario con población de riesgo):

“(…) Los Estados miembros también pueden adoptar disposiciones prácticas para garantizar la seguridad y la protección, en especial del letrado y del sospechoso o acusado, en el lugar en que se celebre la reunión. Esas disposiciones prácticas no deben ir en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho del sospechoso o acusado a reunirse con el letrado.”

1.2. Extensión del tipo penal de Atentado contra la Autoridad del Art. 550 del Código Penal a las agresiones e intimidaciones graves a un abogado en el ejercicio de su profesión, sanción que ya cubre a funcionarios docentes y sanitarios:

“(…) En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes

2.- Desarrollo de propuestas colegiales

2.1. Firma de “Protocolos de actuación” entre Colegios de Abogados y Fiscalías, que faciliten y coordinen una actuación inmediata para la persecución penal de agresiones contra abogados y abogadas en el ejercicio de su actividad profesional, así como su seguimiento.

2.2. Elaboración colegial de un “Protocolo de defensa total”, activable incluso por aplicación móvil, para los supuestos de resultar amenazado o agredido en el ejercicio profesional, dentro o fuera del despacho, de forma que el colegiado sea apoyado desde el minuto cero, incluyendo la asistencia psicológica que precise. Y si lo desea, se le prepara la denuncia y se le representa en juicio, designándose siempre como domicilio a efectos de notificaciones la sede del propio Colegio profesional.

No podemos asumir una agresión como carga inherente a la defensa, y mucho menos dejarla pasar.

2.3. Elaboración colegial de un “Servicio preventivo”, que ofrezca y facilite a los profesionales recursos y plan de medidas a adoptar simplemente para prevenir tanto los incidentes de tensión con clientes o terceros (control de la agresividad, gestión de conflictos, asertividad, cómo evitar situaciones de riesgo, técnicas de entrevista...) como el daño emocional y estrés que el conflicto provoca.

El objetivo: defender al que defiende.

DECRETOS-LEYES: LA "EXCEPCIONALIDAD" HABITUAL



Por Alfonso Cuenca
Letrado de las Cortes Generales

En gran número de ordenamientos jurídicos se contempla la posibilidad de que, en situaciones que requieran una respuesta normativa urgente, el poder ejecutivo apruebe normas de eficacia provisional con rango de ley en materias insertas dentro del ámbito natural del poder legislativo. Ello ocurrirá en determinadas coyunturas excepcionales ante las que el Parlamento no está capacitado para dar una respuesta inmediata, debido a la dinámica de sus procedimientos internos y a la composición política plural del mismo. A esta razón obedece también el tenor de lo establecido en el artículo 86 de nuestra Constitución. Con todo, debe insistirse, la facultad referida es una facultad de ejercicio excepcional. El modo ordinario de producción de leyes en España es "en Parlamento", la ley por esencia es ley parlamentaria, debido a la especial garantía que para las minorías supone su tramitación a través de un procedimiento (el legislativo parlamentario) configurado como una de las claves para que pueda hablarse de verdadera democracia (tal y como señalara Kelsen en *Esencia y valor de la democracia*). De ahí que, admitida la figura de los decretos-leyes, sin embargo el constituyente los someta a una serie de cautelas o requisitos que remarcan su naturaleza excepcional: sólo pueden dictarse en supuestos de extraordinaria y urgente necesidad; aun en esos casos no podrán regular determinadas materias (derechos y deberes fundamentales, régimen electoral...); y, en cualquier caso, son normas de carácter provisional, por lo que en 30 días deben ser ratificadas (o derogadas) por el Congreso de los Diputados, exigiéndose por tanto para el despliegue de sus efectos jurídicos con carácter definitivo la aprobación de la Cámara Baja.

No se desvela ningún secreto si se afirma (con la generalidad de la doctrina) que en España se ha producido una profusa utilización, cuando no simple abuso, del decreto-ley. Por lo demás, no es algo exclusivo de nuestro sistema constitucional: si en España desde enero de 1979 hasta diciembre de 2016 se habían aprobado 518 normas de este tipo (hoy ascienden ya a 584), en Italia en ese mismo período se habían aprobado 2.996. Ello ha sido posible por una interpretación, tanto desde los diferentes gobiernos, como los distintos parlamentos y, en especial, nuestro Tribunal Constitucional, muy flexible (por expresarlo en términos benévolos) de los requisitos o cautelas establecidas en nuestra Constitución.

"No se desvela ningún secreto si se afirma (con la generalidad de la doctrina) que en España se ha producido una profusa utilización, cuando no simple abuso, del decreto-ley. Bajo la forma de decreto-ley se ha llegado a aprobar la reestructuración de la plantilla de la orquesta nacional"

Así, por lo que respecta a la auténtica clave de bóveda de la institución, la concurrencia del presupuesto habilitante, cabe indicar que éste ha sido sin duda alguna el principal flanco "expuesto". La "necesidad" ha sido entendida en términos muy amplios, dando lugar a reiteradas invocaciones genéricas (desde la coyuntura económica, más o menos admisible, hasta la formación de un nuevo gobierno y "la necesidad de echar a andar"). Más censurable es la interpretación de los dos epítetos que la acompañan. La "extraordinariedad" exigiría infrecuencia, imprevisibilidad y gravedad, ausentes en muchos casos en los decretos-leyes aprobados hasta la fecha. Comenzando por lo último, baste recordar, a título ejemplificativo, que bajo la forma (y lo que es más importante, con su rango) de decreto-ley se ha llegado a aprobar la reestructuración de la plantilla de la orquesta nacional. Por su parte, la imprevisibilidad plantea interesantes cuestiones, entre las que destaca si es posible acudir al decreto-ley ante necesidades sobrevenidas que

el Gobierno hubiera debido prever y atender en su momento, o incluso cuando las mismas hubieran sido creadas por el propio Gobierno. Con todo, ante la generosidad que ha presidido la doctrina del Tribunal Constitucional durante mucho tiempo, en los últimos años se asiste a una interpretación más estricta por parte del mismo, cabiendo citar al respecto las sentencias 70 y 125/2016, por las que se declara inconstitucional la práctica recurrente de los gobiernos de turno de financiar vía decreto-ley (créditos extraordinarios) programas de armamento que debieran haberse incluido en los correspondientes presupuestos generales del Estado. Por lo que respecta a la urgencia no han faltado interpretaciones más que discutibles, con decretos-leyes que establecen "vacatios" prolongadas o que difieren su entrada en vigor a la aprobación de reglamentos de desarrollo. Por lo demás, nunca se ha motivado con detalle (ni comprobado a posteriori) si cabían otros procedimientos parlamentarios de tramitación célere como alternativa al decreto-ley.

De otra parte, también han suscitado controversia numerosos supuestos en los que se bordea (cuando no se invade abiertamente) algunos de los límites materiales vedados al decreto-ley por el art. 86 CE. En este aspecto, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha elaborado una doctrina *ad casum* respecto a los mismos, destacando en especial la concerniente al ámbito tributario, materia de atención preferente de los decretos-leyes que hasta la fecha han sido. Aquí también se atisba una luz de esperanza en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobresaliendo la capital sentencia 73/2017 que declara inconstitucional el decreto-ley por el que se estableciera la conocida popularmente como amnistía fiscal, por afectar de manera general a la posición general del obligado tributario y, por consiguiente, al deber de contribuir al gasto público de acuerdo con la capacidad económica establecido en el art. 31 CE.

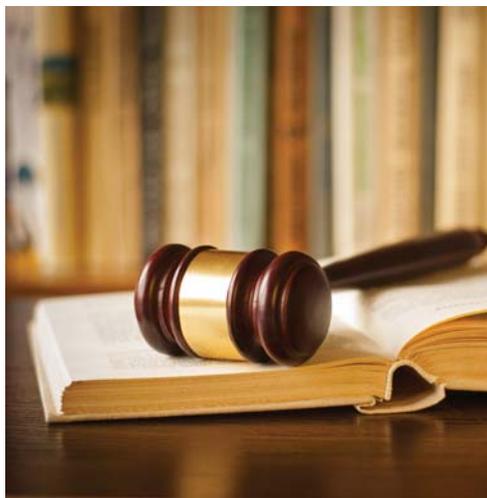
El procedimiento de convalidación parlamentaria constituye una garantía esencial, ya que comporta que ha de ser el órgano representativo del titular de la soberanía quien deba dar su *placet* a la norma provisional aprobada por el Gobierno. Como es sabido, el constituyente español ha optado en cuanto a la derogación (no convalidación) del decreto-ley por primar ante todo la seguridad jurídica, de tal manera que no otorga a aquella efectos *ex tunc* (como sí sucede en Italia), surtiendo el decreto-ley plenos efectos desde su publicación inicial en el BOE hasta la de su derogación. Resultando comprensible la opción escogida, no por ello ha dejado de plantear problemas en algunos de los escasos supuestos (sólo cuatro en cuarenta años de experiencia constitucional) en los que un decreto-ley no ha sido

convalidado por el Congreso. Baste citar al respecto los diferentes vaivenes jurídicos, con sucesión en un "espacio" de apenas cuatro meses de hasta cuatro regímenes jurídicos, que ha experimentado nuestro reciente régimen de alquiler de viviendas. Otra cuestión controvertida ha sido la relativa a la posibilidad de que en período de disolución parlamentaria los decretos-leyes puedan tramitarse como proyectos de ley ordinaria por la Diputación Permanente, supuesto todavía inédito en nuestro sistema, quedando abierta la concreta articulación procedimental en el supuesto de respuesta afirmativa.

Si bien la titularidad de la potestad de aprobar decretos-leyes es una cuestión pacífica (aceptándose hoy en día su extensión a los ejecutivos autonómicos), en los últimos tiempos se ha discutido acerca de la admisibilidad de que el Gobierno en período de disolución parlamentaria, o, más aun, ya en funciones (desde la fecha de la elección), pueda acudir al instrumento del decreto-ley (no tanto jurídicamente, ya que de la Ley del Gobierno se derivaría su pertinencia, como desde el punto de vista político y, si se quiere, constitucional). A este respecto, cabe señalar que en un plano teórico es precisamente en la tesitura señalada cuando en principio estaría más justificada la aprobación de decretos-leyes, toda vez que el órgano encargado de aprobar leyes no se hallaría en condiciones de ello; sin embargo, no cabe ignorar que la utilización irrestricta de los mismos encierra el peligro de que se acentúe aún más el desequilibrio en favor del Gobierno en dicho lapso, al no existir un control parlamentario efectivo sobre el mismo (en un periodo, por lo demás, políticamente especialmente delicado como es el preelectoral).

Con todo, en cualquier caso, el peligro no reside en que el gobierno en funciones apruebe decretos-leyes sino que lo haga sin los presupuestos habilitantes constitucionalmente establecidos.

Las facilidades que ha encontrado la figura en nuestra praxis hace que para cualquier gobierno resulte muy tentador "abrir el cajón" de los decretos-leyes, y ya no sólo por lo que de ahorro de tiempo encierra, sino por cuanto que se evita el desgaste que supone el debate (y la crítica) en sede parlamentaria. Con todo, lo especialmente llamativo (y criticable) de lo ocurrido en los últimos años no es el número de decretos-leyes aprobados (no sustancialmente mayor que el de otras décadas en nuestra democracia), sino su porcentaje en relación con las leyes aprobadas por las Cámaras españolas (7 decretos-leyes frente a 2 leyes orgánicas en 2016; 59 decretos-leyes desde 2017 hasta la fecha frente a 28 leyes ordinarias y 9 orgánicas). Si el gobierno por decreto-ley es censurable, lo es más aún la legislación por decreto-ley.



LOS RETOS ACTUALES DEL DERECHO DE FAMILIA



Por Pilar Vilella Llop

*Abogada especializada en Derecho de Familia.
Secretaria de la Agrupación de Jóvenes Abogados del ICAM*

El Derecho de Familia es un ente vivo que se encuentra en constante cambio y desarrollo; cualquier cuestión que podamos tratar a día de hoy sobre esta materia corre el riesgo de quedar desactualizada en un breve periodo de tiempo, pues las novedades jurisprudenciales y doctrinales se suceden a la velocidad de la luz. El modelo de familia actual también es algo diferente al concepto que se tenía de la misma hace apenas 50 años, siendo algo habitual a día de hoy el hecho de encontrar familias reconstituidas, familias de progenitores del mismo sexo, o padres/madres que deciden serlo en solitario, mediante la adopción, la inseminación artificial o la gestación subrogada, así como el incremento del otorgamiento de custodias compartidas con una mayor interiorización del concepto de corresponsabilidad parental. En medio de este contexto social y jurídico tan cambiante nos encontramos los abogados, que debemos estar en constante reciclaje para no quedarnos obsoletos. Es difícil compilar en un sólo artículo todos los retos a los que nos enfrentamos los abogados que nos dedicamos al ámbito del Derecho de Familia, pero algunos son más que evidentes:

La internacionalización del Derecho de Familia

En primer lugar, la internacionalización de las relaciones personales, la globalización y la libre circulación de las personas conlleva a que cada vez sean más las parejas

que plantean procesos con elemento extranjero. Los abogados debemos estar familiarizados con el Derecho Internacional Privado, pues la perspectiva internacional constituye uno de los elementos clave para el funcionamiento de un despacho especializado en familia, y nuestro entorno demanda esta visión internacionalizada del ejercicio profesional. No podemos permanecer de espaldas a la realidad, pues cada vez son más las parejas de otros países que llegan a los despachos con proble-

mas, por los que las dudas se multiplican: ¿Dónde debo divorciarme si me casé en Honduras, tuve hijos en Argentina, residí en Francia y ahora mis hijos están en España...? Bien, pues esta pregunta, que puede parecer un tanto enrevesada, cada vez es más común. La internacionalización pasa por establecer colaboraciones y sinergias con compañeros de otros países, conocer a fondo el ordenamiento jurídico de los mismos (y el idioma, no lo olvidemos) y abrir las vías de negocio más allá de las que siempre hemos trabajado.

El abogado asesor y negociador:

El abogado de familia debe aprender que su papel no se limita solamente a preparar la demanda correspondiente y asistir a su cliente en el juicio, sino que va mucho más allá, convirtiéndose en un asesor del cliente durante todo el proceso. Este sector del derecho requiere de una sensibilidad especial y del desarrollo de habilidades emocionales tan importantes como la empatía, la capacidad

"El Derecho de Familia es un ente vivo que se encuentra en constante cambio y desarrollo; cualquier cuestión que podamos tratar a día de hoy sobre esta materia corre el riesgo de quedar desactualizada en un breve periodo de tiempo, pues las novedades jurisprudenciales y doctrinales se suceden a la velocidad de la luz"

de escucha activa y la negociación. Del mismo modo, debe incluir entre sus servicios el asesoramiento preventivo, cuestión clave para evitar a largo plazo la judicialización excesiva del conflicto familiar. A modo de ejemplo, especialmente ahora que se potencia el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges en el ámbito patrimonial, así como el principio de igualdad recogido en el artículo 32 de la Constitución Española, los pactos en previsión de ruptura son una herramienta cada vez más utilizada. Y como todo pacto entre cónyuges debe respetar la igualdad absoluta, es totalmente necesario el asesoramiento informado, imparcial e individualizado. El simple hecho de conocer esta información con un abogado especializado antes de tomar una decisión tan importante sobre cómo configurar el matrimonio puede ahorrar muchísimos problemas futuros.

El uso de los ADR's

Los métodos adecuados de resolución de conflictos son una vía más eficaz, rentable y rápida para solucionar los problemas de familia. El acceso a los Tribunales, si bien en ningún caso debe desaparecer como vía de resolución del conflicto familiar, pues de lo contrario estaríamos cercenando el derecho de acceso a los tribunales reconocido en nuestra Constitución, tampoco debería ser la primera opción del ciudadano, y menos sin haber agotado el resto de vías que tanto el Estado como los operadores jurídicos ponen a su disposición. En la cultura eminentemente adversarial en la que siempre hemos vivido, resulta complicado un cambio radical de mentalidad, en el que el ciudadano conozca todo el abanico de posibilidades con las que cuenta antes de presentar una demanda, que como bien dice el magistrado D. Pascual Ortuño, siempre es vista como una declaración de guerra. Partimos de que las consecuencias del divorcio en la pareja son patentes, pues obligan a las partes a un ajuste personal y un ajuste al nuevo rol de "padre/madre divorciado". El modelo clásico confrontativo, además de las secuelas emocionales que genera



en todos los afectados por la crisis, no es útil, y así se demuestra día a día en los Juzgados de Familia.

Y muchas veces somos los propios operadores jurídicos los que rehusamos su utilización por miedo, desconocimiento o desidia; de hecho, muchos son los compañeros que desconfían de la implantación de estos métodos en la práctica diaria, a pesar de sus bondades, especialmente en un campo tan sensible como es el Derecho de Familia.

Tomando el ejemplo de otros países europeos vecinos y de Estados Unidos, podemos afirmar que, en determinados conflictos, acudir a un tribunal debe ser siempre la última de las opciones. Es hora de cambiar la mentalidad, cuestión complicada, por otra parte. La razón de esta complejidad estriba en que se trata de un cambio global del que deben ser conscientes tanto la sociedad como los operadores jurídicos; jueces, fiscales y abogados, y estos últimos aprender además a transmitirlo al cliente, trabajo harto complicado en la mayor parte de las ocasiones.

La nueva realidad social exige que la Administración de Justicia ponga al servicio de los ciudadanos métodos adecuados de resolución de conflictos que sean útiles, por lo que el estudio e implementación de los mismos es vital para dar a los problemas familiares soluciones



razonables. Del mismo modo, es necesario que la Administración dote a la mediación de un mínimo de garantías y de un método adecuado y efectivo caracterizado por la seriedad y la calidad, pues hasta ahora podemos afirmar que este método no ha terminado de implantarse en nuestro país.

Nuevas figuras en Derecho de Familia

Comienzan a utilizarse nuevas herramientas y figuras que pretenden ayudar a los progenitores a diferenciar sus facetas de conyugalidad y parentalidad. No debemos olvidar un principio básico; por encima de cualquier interés que se dirima en el procedimiento primará siempre el bienestar del menor que vaya a verse afectado por las medidas tomadas.

Precisamente en este campo del derecho, por las consecuencias a largo plazo que una sentencia va a suponer, el llegar a una decisión consensuada entre ambos progenitores, bien sea a través de la mediación o mediante cualquier otro método adecuado, es más beneficioso tanto para el menor como para las partes, que adquieren un plus de protagonismo que muy probablemente no tendrían en el proceso judicial.

En los últimos años comienza a hablarse, cada vez con más fuerza, de la implantación del Plan de Parentalidad, de obligada inclusión según jurisprudencia del Tribu-

nal Supremo en aquellos casos en los que se solicite la guarda y custodia compartida, tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como contenciosos (STS de 3 de marzo de 2016; Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana). A través de este Plan, que forma parte del Convenio Regulador, se concreta la forma y contenido de la custodia compartida, pudiendo incluso denegar el otorgamiento de la misma si éste no se aporta.

Para la redacción del plan de parentalidad los progenitores, con el asesoramiento del abogado, deben realizar un profundo ejercicio de responsabilidad para establecer las medidas más adecuadas conforme al mejor interés de sus hijos, respetando por encima de todo el mejor interés del menor. El artículo 233-9.22 CCCat aprobado por Ley 25/2010, con respecto a cómo deben ser ejercidas las responsabilidades parentales por ambos progenitores, queda redactado del siguiente modo. "1. El plan de

parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos".

Del mismo modo, el artículo regula el contenido que el plan debe contener, mucho más extenso y detallado que el Convenio regulador: "a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos".

Además, el plan de parentalidad puede prever la posibilidad de acudir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos.

"Creo que a día de hoy es totalmente necesaria una coordinación y comunicación de calidad entre los diferentes operadores jurídicos que día a día se enfrentan a cuestiones de Familia"

Por otra parte, emergen figuras que complementan y ayudan al trabajo de jueces y abogados, como el Coordinador de Parentalidad, que guía a los progenitores para que actúen en pro del mejor interés de sus hijos, bajo el principio de corresponsabilidad parental. Una de sus funciones principales es controlar el cumplimiento del plan de parentalidad, mediar cuando existen controversias entre los progenitores y, en definitiva, trata de disminuir el conflicto familiar. El coordinador de parentalidad es una figura ajena actualmente a nuestro ordenamiento jurídico estatal, con referencias y uso tan sólo a nivel autonómico. La Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo titular es el magistrado Pascual Ortuño Muñoz, fue pionera en la introducción de esta figura. Recientemente, en el mes de octubre de 2018, el Ministerio de Justicia propuso a aquellas comunidades autónomas con competencia en materia de familia la puesta en marcha de un programa piloto de Coordinación de Parentalidad, siguiendo el ejemplo de Cataluña y Aragón. El ayuntamiento de Madrid ha puesto en marcha un programa piloto en varios Juzgados, concretamente el 24 y 66 de Madrid (ambos especializados en Familia), cuyos titulares son D. Juan Pablo González del Pozo y Dña. Virginia Villanueva Cabrer.

Una necesidad latente; la especialización del Derecho de Familia

Creo que a día de hoy es totalmente necesaria una coordinación y comunicación de calidad entre los diferentes operadores jurídicos que día a día se enfrentan a cuestiones de Familia; somos un equipo que pretende llegar al mismo objetivo, que pasa por la normalización de las relaciones familiares y la evitación en la medida de lo posible del conflicto familiar a los tribunales, lo cual repercute de manera directa en la desjudicialización del conflicto, y por tanto menor volumen de procedimientos eternizados en los Juzgados. Salvo contadas excepciones autonómicas, los pleitos de familia se dirimen por

juzgados de Primera Instancia sin conocimiento específico sobre la materia, cosa que no ocurre en otros órdenes jurisdiccionales en los que sí se exige de esta especialización; del mismo modo, a los operadores jurídicos intervinientes no se les exige conocimiento alguno o experiencia previa en Derecho de Familia, como sí ocurre en otros países vecinos. La solución pasa, además de por la formación específica y de calidad, por la creación de un código de familia aplicable a todo el territorio español, como ya han hecho algunas comunidades autónomas como Cataluña o Aragón.

En un encuentro que tuvo lugar en Madrid los días 28, 29 y 30 de octubre de 2008 entre magistrados y jueces de familia y asociaciones de abogados de Familia ya se puso de manifiesto esta necesidad de crear una Jurisdicción de Persona, Familia, Incapacidades y Tutelas con las oportunas reformas legislativas, especialmente la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial. Lo que los operadores jurídicos reivindican es *"que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad no solo de técnica jurídica, sino personal y humana"* ⁽¹⁾. De esta manera, se ofrecerá al ciudadano un servicio de calidad que solucione su problema vital sin, como siempre dice el Magistrado D. Pascual Ortuño, entrar en la batalla y salir herido.

(1) Las conclusiones completas pueden descargarse en este link: <https://www.reicaz.org/agrupcol/sfamilia/3enjuasf.pdf>



LAS HABILIDADES DIGITALES IRRUMPEN EN LAS FACULTADES DE DERECHO



Por Carlos Pérez del Valle
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad CEU San Pablo

Aunque los juristas no siempre somos conscientes de ello, la cimentación sobre la que se apoyan los estudios de Derecho es particularmente estable. Cuando quienes nos dedicamos a la enseñanza del Derecho nos proponemos mejorar un Plan de estudios o revisar los métodos en la docencia, nos sentimos vinculados a las tradiciones, en la medida que éstas se ordenan a un objetivo: formar juristas que no se limitan a pensar y argumentar convincentemente, sino que pretenden llegar a soluciones justas.

Esta perspectiva debería ser, a mi juicio, recuperada en relación con las nuevas tecnologías y el mundo digital, cuando se contempla que algo debe cambiar en la enseñanza del Derecho: los juristas hablan usualmente de blockchain, de *smart contracts* o de inteligencia artificial cuando se intentan representar los cambios que afronta su profesión. Sólo siendo indiferente ante el entorno, puede hoy un profesional del Derecho ignorar que la tecnología tiene la capacidad de transformar la práctica del Derecho, y que ya hoy la está transformando de un modo radical.

El fenómeno se contempla, al menos, en tres perspectivas diferentes: por un lado, la tecnología como objeto de la regulación del Derecho; por otro lado, la tecnología como instrumento en la práctica del Derecho; y, finalmente, la tecnología como centro del debate de los principios del Derecho. Un ejemplo claro,

y tal vez el más avanzado, se muestra en la tecnología derivada de la inteligencia artificial en su relación con el Derecho, que puede ser considerada con estos mismos enfoques. Entre los juristas, se ha abierto el debate sobre las necesidades de regulación sobre el mismo desarrollo de la inteligencia artificial y en sus límites; se formulan hipótesis creíbles -en ocasiones ya confirmadas- de avance de la inteligencia artificial en las tareas de aplicación del Derecho; y se discute sobre los principios éticos y jurídicos que han de constituir el marco jurídico o que afectan a la inteligencia artificial y generan responsabilidad en actividades desarrolladas en el marco de la inteligencia artificial.

La cuestión es cómo una Facultad de Derecho ha de abordar este desafío que representan las nuevas tecnologías, y cuáles son los planos en los que es necesario actuar. En mi opinión,

el primer paso y, sin duda, el fundamental, es marcar el objetivo y, por tanto, señalar cuál sería el factor diferencial de un jurista en el marco de una sociedad altamente condicionada por las tecnologías.

Para responder a esta cuestión no debe olvidarse, en todo caso, qué significa tecnología: como ya contempló hace más de 60 años Heidegger, la tecnología no es sólo un instrumento utilizado por hombres para obtener un fin; la tecnología implica desvelar algo

"Cuando quienes nos dedicamos a la enseñanza del Derecho nos proponemos mejorar un Plan de estudios o revisar los métodos en la docencia, nos sentimos vinculados a las tradiciones, en la medida que éstas se ordenan a un objetivo: formar juristas que no se limitan a pensar y argumentar convincentemente, sino que pretenden llegar a soluciones justas"

oculto, y esto supone una clara implicación con la verdad. Esto es: no cabe pensar en una tecnología que escape a exigencias éticas. Por esa razón, un jurista que conoce bien las prestaciones que las tecnologías ofrecen a su profesión ha de ser un jurista capaz de comprender las implicaciones que suponen, entre el Derecho y la Ética. Esto significa, en una Facultad de Derecho, formación en los principios. El desarrollo de la capacidad de razonamiento y de argumentación que exige cualquier sistema jurídico moderno no es suficiente, porque sólo con la sensibilidad que proporcionan los fundamentos del Derecho puede el jurista asumir el control del papel creciente de la tecnología. Pero el jurista sólo puede entender el entorno tecnológico si lo conoce, si se aproxima a la forma en la que la tecnología se crea, y si está familiarizado con sus prestaciones; no se trata de capacitar para utilizar determinadas herramientas, sino para entender cuál es la base sobre la que se crean y cuál es el lenguaje esencial de quienes lo hacen.

"La conclusión es la siguiente: durante los próximos años, la enseñanza del Derecho encuentra su reto esencial en la formación de juristas familiarizados con un nuevo entorno tecnológico y global en el marco de tradición que le debe ser consustancial"

Un segundo nivel es el del profesorado, porque éste es el factor esencial de la enseñanza del Derecho en la tradición europea: el profesorado ya ha aceptado, en una infinidad de casos, que el paisaje en el exterior ha cambiado con las nuevas tecnologías, e incluso ha desplegado proyectos personales de adecuación de



la docencia a las nuevas tecnologías, porque existe la conciencia de que el alumno actual, nativo digital, no acepta con facilidad los métodos tradicionales de explicación de la asignatura. Con esto no quiero decir que deba sobrecargarse al profesor con un cambio radical de la metodología docente, sino que es preciso facilitar al profesor las herramientas para que su clase se sitúe ya en un entorno tecnológico, tanto en la impartición como en los contenidos. No se ha de exigir al profesor que imparte el Derecho del Trabajo que sea un experto en nuevas tecnologías, sino que conozca las implicaciones que estas tecnologías comportan para el desarrollo de la materia en la que es experto; y, en su caso, para que sea consciente de la forma en la que las nuevas tecnologías facilitan o hacen más complejo el trabajo de los futuros juristas que se encuentran en el aula.

La conclusión es la siguiente: durante los próximos años, la enseñanza del Derecho encuentra su reto esencial en la formación de juristas familiarizados con un nuevo entorno tecnológico y global en el marco de tradición que le debe ser consustancial. Afrontarlo exige asumir diferentes acciones dirigidas a los estudiantes, pero también a los profesores, con objetivos precisos. Al menos algunos tenemos claro que ha de ser así y que ésta es la responsabilidad que hoy se nos demanda.

CIENTO TREINTA AÑOS DE CÓDIGO CIVIL



Por Jesús Molina Beltán
Notario de Prats de Lluçanès (Barcelona) y colegiado no ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Han pasado 130 años desde que se aprobó nuestro código civil español, y nos encontramos con un sector de la doctrina que apunta la necesidad de abrir una etapa recodificadora, desaconsejando el intento de actualizaciones puntuales, redactado un texto de manera coherente y que responda a un mismo impulso de modernización.

Son muchos años de vigencia de código civil, tiempo que nos aconseja analizar si nuestro código civil sigue dando respuesta a todas las necesidades actuales sociales y económicas y la posible conveniencia de abrir una etapa recodificadora.

Las dificultades de su elaboración vinieron marcadas principalmente por la realidad histórica del momento (implantación sistema constitución, pensamiento liberal, cuestión foral). Dificultades que, salvando las diferencias que presidieron aquel momento y el actual, prácticamente se pueden entender superadas, lo que allanaría la posible apertura de una etapa recodificadora.

No obstante, del análisis de la elaboración del código civil, se extrae que la dificultad no se encontró solo en la realidad histórica del momento sino también en la dificultad de alcanzar un acuerdo en cuanto al contenido que permitiera la elaboración de un texto sistematizado y acabado. En relación a esta cuestión hay que apuntar que el derecho

privado ha ido evolucionando, abarcando nuevas realidades, con ello quiero destacar que el contenido del derecho privado a regular en la etapa codificadora en relación con el actual ha experimentado un crecimiento exponencial, en el que si ya fue difícil en la etapa codificadora alcanzar un consenso generalizado, ahora se nos presenta con mayor dificultad. Precisamente uno de los grandes aciertos de nuestro código civil, a mi juicio, fue su elaboración mediante el sistema de ley de bases, en el que se abrevio la discusión parlamentaria a las bases ("lo esencial").

Críticas achacadas en el momento de su publicación

A) Desde el punto de vista de la técnica legislativa

1. Deficiencias de contenido, nuestro código civil no contiene todas las instituciones de derecho civil, ni todos las que contiene son de derecho civil.

a) Hay materias que no pertenecen al Derecho Privado sino a otras ramas jurídicas como:

- Al derecho político: reglas del título preliminar, nacionalidad y extranjería.

- Al administrativo: propiedades especiales, servidumbres legales de interés público.

- Al procesal: prueba de las obligaciones, que actualmente está regulada en la LEC, concurso de acreedores, que actualmente está regulado en la Ley Concursal.

b) Hay instituciones de Derecho Privado que han quedado fuera del código o tan sólo aludidas, remitiéndose a leyes especiales como la LAU, LAR, la LCGC.

"Son muchos años de vigencia de código civil, tiempo que nos aconseja analizar si nuestro código civil sigue dando respuesta a todas las necesidades actuales sociales y económicas y la posible conveniencia de abrir una etapa recodificadora"

2. Plan anticientífico de distribución de materias. En cuanto a su sistemática, se critica no solo la adopción del ya desacreditado científicamente plan Romano-francés, en lograr del sistema moderno de Savigny, sino también por la distribución arbitraria de algunas materias

dentro del propio plan Romano francés. Así ocurre con:

a) La donación regulada como un modo de adquirir la propiedad. Para los que defienden su naturaleza contractual debería regularse en el libro IV.

b) Los censos, hipoteca, prenda y anticresis, recogidos entre los contratos, cuando son derechos reales.

c) La prescripción adquisitiva y extintiva situada al final del Libro IV, pese a que sólo en parte es aplicable a los derechos de crédito.

d) El régimen económico matrimonial colocado entre las obligaciones contractuales, a pesar de que dicho régimen puede existir sin contrato.

e) La teoría del parentesco expuesta como un simple incidente de la sucesión intestada.

3. Defectos de técnica y redacción

a) Contiene antinomias aparentemente (algunas ya resueltas doctrinalmente) irreductibles en algunos de sus preceptos como la que existe entre:

- Los artículos 759 y 799 del Código Civil sobre la posibilidad del "ius transmissionis" en las disposiciones testamentarias condicionales.

- Los artículos 623 y 629 del Código Civil acerca del momento en que se perfecciona la donación.

b) Carece de rigor y precisión en la terminología jurídica, al utilizar a veces distintas palabras para el mismo concepto, o un mismo vocablo para expresar ideas diferentes.

No obstante señala De Castro que esta pretendida imprecisión es a su vez una de las ventajas porque permite su adecuación a las circunstancias cambiantes y su información por los principios generales.

B) Desde el punto de vista del contenido intrínseco del Código Civil

1. Excesivo afrancesamiento

Toma del francés, el sistema de distribución, copia algunas instituciones y reproduce muchos artículos. Sin embargo como señala Díez Picazo y Gullón:

a) También influyeron en su redacción, el portugués, el argentino y el anteproyecto belga de LAURENT.

b) Por otra parte, en el derecho de familia salvo la antigua tutela, y el Derecho de sucesiones siguen la regulación castellana, con algunas notables desviaciones para aproximarla a los derechos forales.

c) En el derecho patrimonial es más fiel a la tradición española que a las ideas francesas. Así, por ejemplo rechaza el sistema frente de transmisión consensual del dominio y sigue el sistema del título y el modo.

2. Orientación exageradamente individualista

Como es coherente con la época en que se confeccionó. La falta de sentido social se observa en las normas sobre arrendamientos de servicios, y el Derecho patrimonial, donde rige el principio de la autonomía de la voluntad, limitado externamente por el orden público y las buenas costumbres.

Pero introdujo novedades menos individualistas como el reconocimiento del retracto de colindantes, y el llamamiento al Estado en la sucesión intestada, en defecto de parientes colaterales.

3. Desacuerdo en la llamada cuestión foral.

a) Para algunos autores, al adoptar un sistema de apéndices para armonizar el criterio de unidad con el de variedad, produjo un estancamiento de los derechos forales.

b) Para otros, en cambio, se quedó corto y aún se dijo en la discusión parlamentaria que quedaban los derechos forales "más robustos y vigorosos".

REFLEXIÓN: de una primera lectura de todas las críticas mencionadas podría llevarnos a pensar que nuestro código civil nació con vocación de ser inmediatamente reemplazado por otro, recibiendo así críticas casi lapidarias por parte de la doctrina, así Valverde afirmó que "siendo nuestro código uno de los más modernos es uno de los más defectuosos". Ureña afirmó que ni era Código – por su falta de sistemática – ni era civil – ya que contenía materias no civiles y olvidaba otras que si lo eran –, ni era español, pues obviaba los derechos forales. Pedro de Apalategui y Ocejo (conocido con el seudónimo de Mucius Scaevola) dijo que era el compendio de las contradicciones civiles.

Sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido imponiendo una visión más objetiva, y así la mayoría de la doctrina considera que los valores del código civil no resultan superados por los defectos que se le imputan y si no se puede calificar de perfecto, sí es como dice De Castro "una buena obra española".

Según Pau Pedrón, el que muchos preceptos sigan vigentes en su redacción originaria y no existan voces que reclamen su reforma, es una buena prueba de su calidad.

Hoy sin obviar sus imperfecciones se destacan sus aciertos, en ellos incluso, el estilo y valor literarios. El

código posee un lenguaje claro, nítido, simple y accesible, acercando el derecho a los ciudadanos, evitando abstracciones conceptuales, y con una flexibilidad que permite su adecuación a las circunstancias cambiantes.

Evolución hasta nuestros días

El código se redactó, dice De Castro, con humildad quizás excesiva, esperando la corrección de la experiencia y "los progresos realizados en otros países", según señala la base 27 de la ley de bases, por lo que sus disposiciones adicionales establecieron un sistema de reforma cada diez años. Sin embargo, la propia forma codificada tiende a la permanencia, en contraste con el rápido mudar de las demás disposiciones. Ello ha impuesto un gran respeto hacia el texto del código civil y ha determinado que las modificaciones no se hagan periódicamente, sino que se deben casi siempre a causas concretas y urgentes.

"Nuestro código civil no ha permanecido inmutable a lo largo del tiempo. Durante los primeros 50 años de vigencia de código civil, este sufre sólo dos modificaciones (una, suprimiendo del testamento ológrafo el requisito del papel sellado. Y otra, reduciendo al cuarto grado los llamamientos en la línea colateral en la sucesión intestada) "

Nuestro código civil no ha permanecido inmutable a lo largo del tiempo. Durante los primeros 50 años de vigencia de código civil, este sufre sólo dos modificaciones (una, suprimiendo del testamento ológrafo el requisito del papel sellado. Y otra, reduciendo al cuarto grado los llamamientos en la línea colateral en la sucesión intestada), pero a partir de 1936 ha sido objeto de numerosas reformas puntuales y concretas. Sin ánimo exhaustivo pensemos la igualdad de efectos de la filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva, el divorcio como causa de disolución del matrimonio, la introducción de la auto tutela, introducir como causa de indignidad para suceder el no haber prestado las atenciones debidas durante su vida a los parientes con discapacidad, abre la puerta a la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo, deroga las causas de separación y divorcio, regula la celebración de matrimonio, así como la separación y divorcio de mutua acuerdo con determinados requisitos ante notario....

Ante la proliferación de leyes especiales el hoy derogado RD 7 febrero de 1997 que aprobó los estatutos de la Comisión General de Codificación hablaba de una etapa postcodificadora o mejor dicho de descodificación. Señalando que nuestra sociedad se muestra muy distante de aquella época en la que triunfó el ideal codificador. La dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que sean rápidamente modificadas o sustituidas. De ahí que se viniera afirmando por algunos que los códigos habían perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos debiendo ser sustituidos por leyes especiales como normas necesarias de una sociedad en constante mutación.

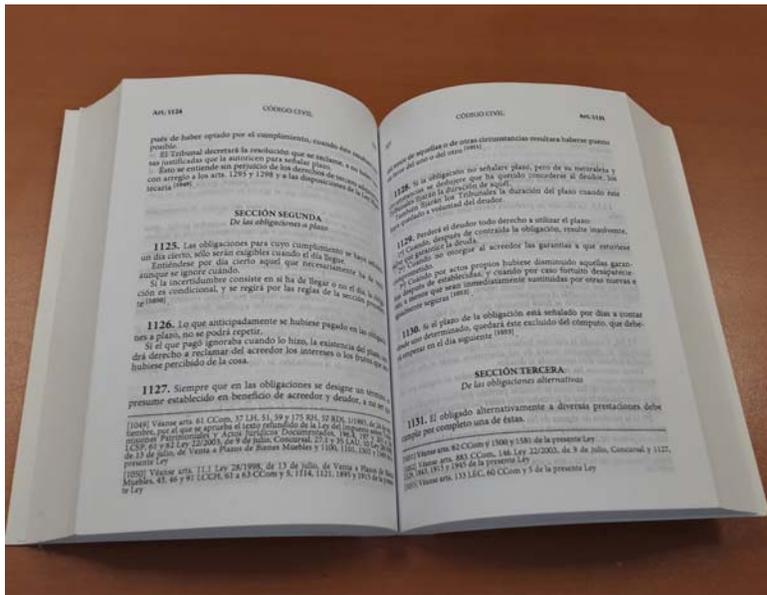
Por otro lado, ante la rápida evolución del derecho privado, el código civil ha tenido que ser colmado no sólo con numerosas leyes especiales sino también con una jurisprudencia, que a juicio de algunos autores hacen que el ordenamiento jurídico privado resulte algo oscuro y confuso, por lo que han empezado a hablar no de una etapa descodificadora sino de una etapa recodificadora con la necesidad de elaborar nuevos códigos que incorporen y sistematicen las novedades de derecho privado en los últimos tiempos. Seguramente por ello el vigente RD 28 de septiembre de 2015 que aprueba los estatutos de la Comisión General de Codificación ya no habla de descodificación sino que recuerda y remarca la importancia de la codificación señalando que "la codificación es una técnica legislativa que ordena, sistematiza y clarifica el ordenamiento jurídico, a la vez que contribuye a simplificarlo mediante la reunión de normas dispersas en un texto único." "Además, los principios constitucionales que perfilan el Estado de Derecho –la legalidad, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos– exigen la clarificación y simplificación del ordenamiento, y la vía más adecuada para obtener esas metas es precisamente la codificación. Unas exigencias que también deben atender a la finalidad de acercar el Derecho a los ciudadanos a través de un lenguaje jurídico accesible y comprensible, adaptado a la realidad social en cada momento."

En la actualidad se dice que nos encontramos ante una "segunda codificación en el derecho civil español", no ya de derecho común, sino de los derechos forales puesto que a finales del s.XX y principio del s. XXI se han dictado textos que a diferencia de las compilaciones ya no se limitan a regular peculiaridades propias sino materias muy alejadas del derecho compilado y absolutamente nuevas (eje. Parejas de hecho) con una vocación de crear auténticos códigos civiles propios. (Eje código civil de Cataluña).

REFLEXIÓN: desde la mirada de una persona que no sea experta en derecho, estoy pensando por ejemplo cuando yo empecé la carrera de derecho, se hace deseable un texto de código civil completo (incorporando

leyes especiales, doctrina y jurisprudencia) regulando todo de forma minuciosa en el que se clarifique y simplifique el ordenamiento acercándolo a los ciudadanos.

Pero desde una mirada práctica, como experto y aplicador del código civil y siempre al servicio de la seguridad jurídica, considero que un código debe responder a la finalidad de acercar el derecho a los ciudadanos, clarificando y simplificando el ordenamiento, pero al tiempo que debe poder adaptarse a la realidad social de cada momento. Ello en sí podría parecer que encierra cierta contradicción, en tanto que la finalidad clasificadora y simplificadora respondería a un punto de vista estático (foto de lo que hay en un momento concreto regulando todo de forma minuciosa), mientras que la finalidad de adaptación a la realidad social respondería a un punto de vista dinámico (con un texto ágil y flexible que permita adaptarse a las nuevas necesidades).



En aras de la seguridad jurídica ambas finalidades deben complementarse, regulando lo esencia de cada institución de forma clara, sencilla sin entrar en el excesivo detalle, evitando que el derecho quede inmóvil y ajeno a la realidad social, permitiendo su adaptación a través del recurso de la interpretación de las normas, el juego de la equidad (adecuación), la aplicación analógica (integración) y la jurisprudencia y doctrina. Pues aunque pueda parecer que el ordenamiento queda más oscuro, impreciso por el hecho de tener que completarse a través de otros recursos (interpretación, jurisprudencia, doctrina), mayor inseguridad jurídica proporciona la elaboración de un código que regule "todo" de forma detallada, que necesite de constantes y sucesivas modificaciones, alejado de una idea de permanencia. Seguramente este es una de los grandes aciertos de nuestro código civil español, como demuestra sus 130 años de vigencia.

CONCLUSIÓN: La crítica actual al código civil, a parte de las expuestas, son sobre todo de contenido, así se dice que en algunos aspectos ha quedado anticuado, obsoleto y superado por los códigos forales, como el código civil de Cataluña mucho más moderno y avanzado.

En gran medida comparto la reflexiones pero considero que las críticas al código civil pueden ser algo exageradas, en tanto que nuestro código civil es un texto flexible que permite adaptarse a través de la interpretación como dice el arte 3.2 cc "a la realidad social en el que debe ser aplicado", a diferencia de las leyes más modernas que al poco de publicarse tienen que ser reformadas. Y es que las leyes modernas en comparación al código civil son normas muy minuciosas y detallistas, que pretenden regularlo todo, hasta

el punto que a poco de dictarse quedan desfasadas. Nuestro código civil es más general y aunque puede tener algunas lagunas estas quedan colmadas por una jurisprudencia y doctrina consolidada lo que da seguridad jurídica y una flexibilidad, una "cintura", que permite adaptarlo a los nuevos tiempos.

Puede ser que en algunos aspectos sea incompleto pero crea seguridad, y es que como aconsejó Don Quijote a Sancho cuando gobernaba

la insula de Barataria "amigo Sancho no haga muchas pragmáticas; y si las hicieras procura que sean buenas, y, sobre todo, que se guarden y se cumplan..."

Vivimos un momento en el que prolifera la publicación de normas con el intento de regular el detalle de las conductas en nuestra sociedad, avalancha legislativa que unida a la rapidez en su elaboración y publicación (eje. Excesivo recurso a decretos leyes), las múltiples modificaciones y en poco tiempo que sufre una misma ley tras su entrada en vigor y a veces una falta de coherencia y armonización hacen que nuestro ordenamiento jurídico sea más complejo, oscuro en contra de la seguridad jurídica. Es por ello que en mi humilde opinión, a pesar de reconocer que nuestro código civil es mejorable, entiendo que tras 130 años de vigencia sigue dando respuesta a las necesidades actuales dado su carácter flexible y que lo que urge no es tanto abrir un periodo de recodificación de código civil sino reflexionar sobre la técnica legislativa utilizada en los últimos años, que se aparta de la utilizada cuando se publicó nuestro código civil en la que presidían los principios de claridad, brevedad, generalidad y estabilidad, reforzando así el principio de seguridad jurídica.

AMPLIACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS DE LOS ANIMALES



Por Dolores Fernández Campillo
Abogada
Diputada de la Junta de Gobierno
del ICAM

Si volvemos la vista atrás en materia de Derechos de los Animales, tenemos que reconocer que se ha avanzado en el reconocimiento de su condición como seres sintientes, capaces de sufrir.

Como suele ocurrir con demasiada frecuencia, la sociedad evoluciona de forma más rápida que las leyes, por lo que la conciencia social sobre los derechos de los animales y la imperiosa necesidad de dotarlos de protección es una demanda cada vez más potente.

Lamentablemente, la legislación no atiende estas demandas y necesidades con la premura que requiere el caso. Afortunadamente, ya nadie pone en duda que son seres dignos de atención y protección, porque son capaces de tener sentimientos y, lo que es más importante, son capaces de sufrir.

Esa consideración ha llevado a reformas legislativas que, aunque tímidas, tienen importancia, como la reforma del Código Penal de 2015 que no solo amplía las categorías de animales dignos de protección, sino que igualmente endurece las penas para los delitos de Maltrato, Explotación Sexual de Animales, Abandono o Espectáculos no autorizados.

Es un avance, pero no es suficiente; en este sentido, nos complace saber que se ha promulgado la Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de Protección de los Animales de compañía en Navarra que, si bien se limita a éstos, es pionera en medidas para prevenir prácticas como el maltrato y el abandono, y considera que "la esterilización, la identificación y la adopción son las tres estrategias más importante para combatir las malas praxis".

Se crea un Registro de Animales de Compañía de Navarra, así como los principios sanitarios obligatorios y los requisitos para la eutanasia y el sacrificio, y se incluye la creación del Comité de consulta para la protección animal, que se encargará de difundir los principios de la tenencia responsable. Además de prohibir ciertas prácticas como las mutilaciones por razones estéticas, entre otras muchas medidas.

"Como suele ocurrir con demasiada frecuencia, la sociedad evoluciona de forma más rápida que las leyes, por lo que la conciencia social sobre los derechos de los animales y la imperiosa necesidad de dotarlos de protección es una demanda cada vez más potente"

Entiendo que es un gran avance, aunque sea a nivel de una sola Comunidad Autónoma, pues lo deseable es que se regule a nivel estatal, atendiendo a la normativa de la Unión Europea.

Es fundamental, para avanzar, que se endurezcan las penas por abandono y maltrato; que no se vuelva a entregar a un maltratador ningún animal, prohibiéndose para ellos su tenencia; que la adopción sea norma de vida, con lo que se evitarían las "fábricas de cachorros" para su explotación y venta.

También resulta esencial que se forme a las personas que se vayan a hacer cargo de un animal de lo que es la tenencia responsable.

Esto en el ámbito del Derecho Penal. En el ámbito del Derecho Civil, y más concretamente en el Derecho de Familia, nos parece muy importante que se considere, especialmente al animal de compañía, como un miembro más de la familia a efectos de establecer una Guarda y Custodia Compartida, pues es beneficioso para los menores que no pierdan en casos de separación de sus

padres el contacto con sus animales, que se ha demostrado que actúan como una terapia para momentos de dificultad en sus vidas, en los que los lazos afectivos han de atenderse de forma muy especial.

No querría mirar al futuro sin hablar del resto de los animales, pues entiendo que hay también que legislar sobre la protección de los Animales Silvestres, de una vida y muerte digna para los animales de explotación alimentaria y agrícola, de un modo de transporte adecuado para ellos...

También, en relación con los casos de abandono, hemos de prestar atención y protección a las Asociaciones Protectoras de Animales, que llevan a cabo una labor encomiable, así como a los Santuarios que no discriminan el cuidado de cualquier especie que lo necesite.

"También, en relación con los casos de abandono, hemos de prestar atención y protección a las Asociaciones Protectoras de Animales, que llevan a cabo una labor encomiable, así como a los Santuarios que no discriminan el cuidado de cualquier especie que lo necesite"

Igualmente, necesitamos veterinarios responsables, que lleven su profesión con el mayor rango de dignidad y entrega, alertando y colaborando cuando se observe una conducta que atenta contra la salud, vida o dignidad



de los animales. Su labor es fundamental para la detección de casos de maltrato y abandono.

Podría seguir enumerando situaciones que necesitan de una nueva visión y legislación pormenorizada, pero es imprescindible una concienciación previa y la dotación económica precisa para llevarse a efecto los avances que se necesitan.

No olvidemos que una sociedad avanzada es aquella que se ocupa, entre otras muchas cosas, del bienestar de sus animales. Porque si existe esa sensibilidad para con ellos, será igualmente sensible y respetuosa con el resto de las personas vulnerables de la sociedad.

No quiero finalizar estas reflexiones, esta expresión de mis deseos para el futuro cercano, sin recordar a Albert Schweizer, que fue Premio Nobel de la Paz y dedicó su vida a la defensa de las personas más vulnerables y de los animales, y cuya máxima la he hecho propia para mi forma de ver la vida: "NO ME IMPORTA SI UN ANIMAL ES CAPAZ DE RAZONAR. SÓLO SÉ QUE ES CAPAZ DE SUFIR, Y POR ELLO LO CONSIDERO MI PRÓJIMO".

LOS CONTENCIOSOS ARBITRALES CONTRA ESPAÑA EN EL ÁMBITO DE LAS INVERSIONES EN ENERGÍAS RENOVABLES



Por Enrique Fernández Masía
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Castilla-La Mancha

España se ha visto envuelta en los últimos años en numerosos arbitrajes internacionales como consecuencia de las demandas presentadas por los inversores extranjeros en relación con las medidas legislativas tomadas por los distintos gobiernos de nuestro país para reducir —en un primer momento— y —posteriormente— eliminar las ayudas e incentivos a la actividad de generación eléctrica mediante el aprovechamiento de las fuentes de energías renovables y, especialmente, la solar fotovoltaica.

En estos momentos, tenemos nueve sentencias arbitrales de la que podemos denominar saga de los arbitrajes contra España sobre energías renovables. Una cantidad que irá aumentando, previsiblemente, en un futuro si tenemos en cuenta que en la actualidad existen al menos 35 demandas contra nuestro país en distintos foros arbitrales, todas ellas fundamentadas en las pretendidas violaciones de las obligaciones contraídas por España como parte contratante del Tratado de la Carta de la Energía (TCE). Este Convenio multilateral incluye una serie de derechos de los inversores extranjeros —una protección sustantiva—, que es acompañada por la opción de iniciar un arbitraje internacional frente a un Estado por parte de un inversor si considera que las acciones o medidas estatales discutidas suponen una violación de las obligaciones de protección contempladas. En concreto, otorgado el consentimiento avanzado para acudir al arbitraje

por la parte estatal en la propia disposición de arreglo de controversias inversor-Estado, el artículo 26.4 del Tratado otorga a la parte inversora la triple posibilidad de acudir bien ante un arbitraje CIADI, o ante un arbitraje ad hoc siguiendo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, o bien ante un arbitraje a desarrollar en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

"En estos momentos, tenemos nueve sentencias arbitrales de la que podemos denominar saga de los arbitrajes contra España sobre energías renovables. Una cantidad que irá aumentando, previsiblemente, en un futuro"

Después de los dos primeros casos en donde nuestro país había impuesto sus tesis, defendiendo la legitimidad y legalidad de las acciones regulatorias llevadas a cabo, no pudiendo considerarse que las mismas fueran violatorias de los derechos de los inversores extranjeros —casos Charanne e Isolux—, los siete siguientes casos —Eiser, Novenergia, Masdar, Antin, Athena, RREFF y Nextera—, han supuesto un duro revés para las posiciones defendidas por parte del Estado español que ha visto como, a expensas de que dos tribunales arbitrales concreten la indemnización que se debe otorgar a la parte demandante

—los dos últimos citados—, la cantidad a la que ha sido condenada suma ya 396 millones de euros, siendo la exposición global, según algunos cálculos, superior a los 8000 millones de euros.

Esta cascada de laudos condenatorios contra España ha ido sucediéndose en los dos últimos años, a pesar de que, en un primer momento, pudiera pensarse que

el TJUE en su ya famosa sentencia en el caso Achmea, había conseguido “salvar” a España de tener que hacer frente a las demandas presentadas por parte de inversores europeos –la gran mayoría de los demandantes– y que se terminasen los procedimientos arbitrales ya iniciados. En esta sentencia de 6 de marzo de 2018, el TJUE señaló la incompatibilidad de las cláusulas de arbitraje inversor-Estado contenidas en los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones intracomunitarios con el Derecho europeo.

Tras la misma, la Comisión Europea dejó clara su postura en su Comunicación al Parlamento y al Consejo sobre la protección de la inversión intra-UE, de 19 de julio de 2018, donde se declara que los inversores de la UE no pueden invocar los Acuerdos Internacionales de Inversiones bilaterales intra-UE, que son incompatibles con el Derecho de la Unión y ya no son necesarios en el mercado único. Y, además, no pueden recurrir a los tribunales arbitrales establecidos por esos Acuerdos bilaterales intra-UE ni, en caso de litigios dentro de la UE, a los tribunales arbitrales establecidos en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía. A esta Comunicación le ha seguido el compromiso de 16 de enero de 2019 de los Estados miembros de la Unión Europea para la terminación de los AI intracomunitarios, así como el de esta misma fecha de la gran mayoría de ellos, para considerar que el TCE no pueda servir de fundamento para iniciar un arbitraje entre inversores de la UE y Estados miembros.

Sin embargo, hasta ahora, frente a la posición defendida por España y apoyada por la Comisión Europea en los diferentes procedimientos, los tribunales arbitrales, enfrentados con la objeción planteada a su competencia, basada en la decisión del TJUE en este caso, han confirmado su competencia, razonando en términos de falta de primacía del Derecho europeo respecto del Derecho internacional y en el carácter multilateral tanto del Tratado de la Carta de la Energía como de la Convención de Washington por la que se crea el CIADI (casos Masdar y Athena).

La misma argumentación está sirviendo de fundamento para intentar lograr por parte del Gobierno español la anulación de los laudos ya dictados. Un recurso de anulación que, dependiendo de cuál haya sido la vía arbitral elegida, sigue un camino diferente. Dado que, en la gran mayoría de los casos, se ha utili-

zado un arbitraje CIADI, sólo cabe en tal caso acudir al sistema de recursos propio de la Convención CIADI, con lo cual conoce del procedimiento de anulación un Comité ad hoc dentro de esta institución arbitral (como está ocurriendo en el caso Eiser, por ejemplo). Por el contrario, fuera de este sistema CIADI, los laudos dictados pueden ser recurridos ante los tribunales estatales de la sede del arbitraje. En este último sentido, en el caso Novenergia, el tribunal de apelación de Svea (Suecia) ha decidido dejar sin efecto por tiempo indefinido el laudo dictado, tomando en consideración lo señalado por el TJUE en el caso Achmea, mientras que deciden sobre la solicitud de anulación del mismo.

Vista la estrategia procesal que sigue nuestro país, no es tampoco extraño que se haya abierto un nuevo frente legal, ya que los inversores no han esperado a la resolución de los procedimientos de anulación abiertos y han iniciado procedimientos judiciales en Estados Unidos para intentar la ejecución de los laudos condenatorios sobre los bienes del Estado español en dicho país (casos Eiser, Masdar, Novenergia y Athena). En todos ellos, España se ha visto apoyada por parte de la Comisión Europea, que ha pedido intervenir para impedir dicha ejecución.

En definitiva, podemos afirmar que la partida sigue abierta y habrá que esperar algún tiempo todavía para saber si la estrategia defendida en los tres frentes abiertos –arbitrajes ya iniciados, recursos de anulación y procedimientos de ejecución– por parte del Gobierno español tiene o no finalmente el éxito esperado.



LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO



Por Antonio Alberto Pérez Ureña
Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

Con motivo de trasponer la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, se ha aprobado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (a partir de ahora, LCCI), en vigor desde el 16 de junio, que regula los tres siguientes aspectos:

-Las normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados.

-El régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y de los prestamistas inmobiliarios, fijando el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones.

-Las disposiciones que regulan aspectos del régimen jurídico de la contratación hipotecaria y de su vida contractual.

Los principales aspectos a tener en cuenta que introduce la nueva normativa son los siguientes:

Finalidad protectora

Que se plasma en el carácter imperativo de sus normas, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario.

Ámbito de aplicación

-Objetiva:

-A los préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial.

-A los préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o in-

muebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Subjetiva

-A los prestamistas inmobiliarios, los intermediarios del crédito inmobiliario o representantes designados por los intermediarios de crédito inmobiliario.

-Al prestatario, y eventualmente el fiador o garante, siempre que sea persona física y realice contratos que estén incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma.

Publicidad

En este ámbito los prestamistas deben actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional. La información básica que se ofrezca relativa a los contratos de préstamo que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo deberá especificar la información necesaria para que el consumidor trabaje conocimiento, siquiera inicial, del producto que pretende adquirir. La publicidad ofrecida, además, debe hacerse de forma clara, concisa y destacada, control de transparencia, en definitiva, que exige que la información del préstamo sea legible.

"En este ámbito los prestamistas deben actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional"

Respecto a la transparencia material, el prestamista debe entregar al prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales a la firma del contrato, una serie de documentos entre los que destacan la FEIN (ficha europea de información normalizada) y la FIAE (ficha de advertencias estandarizadas) en la que se ha de informar de las cláusulas relevantes.

tencias estandarizadas) en la que se ha de informar de las cláusulas relevantes.

Gastos

Se distribuyen de la siguiente forma:

-Los de tasación del inmueble corresponden al prestatario y los de gestoría al prestamista.

-El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.

-Los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

-El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable: desde el 10 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto es el prestamista.

Limitación de la comisión por reembolso anticipado

-Préstamo a tipo de interés variable:

-Máximo 0,15% del capital reembolsado anticipadamente (5 primeros años), después nada.

-Máximo 0,25% del mismo (3 primeros años), después nada.

-Préstamo a tipo de interés fijo:

-Máximo el 2% del capital reembolsado si la amortización tiene lugar durante los 10 primeros años.

-Máximo del 1,5% del mismo capital si la amortización se produce después de los 10 primeros años.

El vencimiento anticipado

Requiere el concurso de los siguientes extremos:

-La mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

-Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas suponga, al menos, el:

-3% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo.

-7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo.

-El requerimiento de pago realizado por el prestamista al prestatario.

El interés de demora

Será el remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. La LCCL no ha acogido ni la solución ofrecida por la STS, Sala 1ª, Pleno, nº 364/2016, de 3 de junio, ni la propugnada por la STS, Sala 1ª, Pleno, nº 671/2018, de 28 de noviembre, pero tampoco las pretendidas en algunas enmiendas presentadas durante la tramitación legislativa de la norma.

El ámbito temporal

Las previsiones contenidas en la LCCL son aplicables a los contratos de préstamo suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.



Excepciones

-Los contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

-Resulta de aplicación a la comisión de novación por cambio de interés variable a fijo.

-En el caso del vencimiento anticipado, se invierte la regla general al disponer que, para los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCL en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en la nueva norma, salvo que la previsión que contenga resulte más favorable para el deudor. La excepción es la siguiente: no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, estuviera este suspendido o no.

Como norma de derecho transitorio en el orden procesal, se contempla una medida necesaria y conveniente, referida a que en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor la LCCL en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7ª del artículo 557.1 y 4ª del artículo 695.1 de la LEC.

BREXIT: RIESGOS Y OPORTUNIDADES PARA LA ABOGACÍA



Por Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero
*Profesor titular de Derecho Administrativo
 y de la Unión Europea de la Universidad Complutense.
 Abogado de Uría Menéndez*

El 31 de octubre de 2019 finaliza el plazo para que el Reino Unido adopte las medidas necesarias para formalizar su retirada de la Unión Europea. Transcurrida esa fecha, el Reino Unido pasará a ser un Estado tercero, cuyas relaciones con la Unión Europea dependerán del tipo de relación que el Parlamento británico priorice: o una relación basada en un principio de salida ordenada a la que seguirá en los próximos años una negociación sobre la relación comercial futura, o una relación basada en una ruptura radical que haga tabla rasa de la relación, arrastrando al Reino Unido a una salida abrupta y sin acuerdo con sus socios europeos.

En estos momentos desconocemos por qué clase de Brexit se va a decantar el Parlamento británico. Y me refiero expresamente al Parlamento, y no al Gobierno, porque a estas alturas tanto el *Speaker* de la Cámara de los Comunes como numerosos miembros del Parlamento han dejado claro que los términos de la retirada deberán pasar por una votación en Westminster. Por tanto, con independencia de quién ocupe Downing Street en las próximas semanas, la clase de Brexit que se vaya a producir será fruto de la voluntad del Parlamento británico. Una voluntad que, hasta la fecha, no se ha caracterizado por su claridad. Todas las opciones de retirada han sido objeto de votación durante los últi-

mos meses, y ninguna de ellas ha logrado recabar una mayoría parlamentaria. Con estos antecedentes, resulta altamente incierto a qué conclusión llegará el Parlamento antes del 31 de octubre de 2019.

Sea cual sea el desenlace, los profesionales que actualmente ven cómo su actividad queda expuesta al impacto del Brexit deben prepararse para cualquiera de los escenarios. A tal fin, disponemos afortunadamente de varios instrumentos jurídicos que proporcionan cierta información sobre el devenir de la profesión tras la retirada del Reino Unido, especialmente en el caso de los abogados expuestos a una práctica profesional con vínculos en dicho país.

Retirada ordenada

En el supuesto de que el Reino Unido opte por retirarse de la Unión de forma ordenada, los términos de tal acuerdo están en estos momentos disponibles y expresados en el Tratado de retirada negociado con la Unión, cuya ratificación aún no ha sido posible en el Parlamento británico. Aún hay tiempo para que el Reino Unido opte por esta vía y, en caso de hacerlo, el régimen aplicable

a quienes presten servicios en el Reino Unido y viceversa aparece parcialmente recogido en su texto articulado. Así, los profesionales del Derecho que accedieron a la abogacía en España al amparo de los procedimientos previstos en la Directiva 98/5, podrán seguir ejerciendo la profesión,

"En estos momentos desconocemos por qué clase de Brexit se va a decantar el Parlamento británico. Y me refiero expresamente al Parlamento, y no al Gobierno, porque a estas alturas tanto el Speaker de la Cámara de los Comunes como numerosos miembros del Parlamento han dejado claro que los términos de la retirada deberán pasar por una votación en Westminster"

habiendo así consolidado su condición de prestadores de servicios incluso con posterioridad al Brexit. Lo mismo se aplicará a los abogados de nacionalidad española que se hayan establecido en el Reino Unido con anterioridad a la fecha de retirada. El Tratado de retirada garantiza así la continuidad de las actividades constituidas y consolidadas con anterioridad a la salida.

En el plano de los procedimientos judiciales, el Tratado de retirada prevé una serie de disposiciones transitorias que garantizan la aplicación del Derecho de la Unión, así como de los mecanismos de cooperación judicial en materia civil y penal, siempre y cuando estuvieran en curso en el momento de producirse la retirada. Lo mismo sucede con los procedimientos administrativos ante Instituciones, órganos u organismos de la Unión, como puede ser el caso de los procedimientos en materia de competencia ante la Comisión Europea.

Ruptura sin acuerdo

Bastante más problemático es el escenario de una ruptura sin acuerdo, calificado como el "Brexit duro", cuyo acaecimiento no debemos descartar, por muy dañino que pueda ser para el Reino Unido. Sin embargo, en ese caso también contamos en estos momentos con varios textos legales específicamente adoptados para contemplar tal supuesto. Tanto la Unión como los Estados miembros han adoptado numerosos instrumentos legales de carácter preventivo, ante la eventualidad de producirse un "Brexit duro". En el caso español, el marco legal aparece recogido principalmente en el Real Decreto-Ley 5/2019, en cuyas disposiciones también encontramos algunas referencias a la práctica de profesiones reguladas, entre las que se encuentra la abogacía.

El principio del que se parte en un escenario de "Brexit duro" es el de la consideración de los prestadores de servicios británicos como operadores procedentes de un Estado tercero. Por tanto, el abogado británico pasará a estar en las mismas condiciones que un abogado estadounidense o canadiense que presta servicios en España. Cualquier actividad de asesoramiento jurídico realizada en



España por un abogado británico quedará sujeta a las normas previstas en nuestro país para la prestación de servicios desde un país tercero. Un tanto de lo mismo sucederá en el Reino Unido respecto de los abogados españoles.

No obstante, el Real Decreto-Ley 5/2019 prevé algunas disposiciones transitorias similares a las contenidas en el Tratado de retirada, especialmente las relativas a los beneficios derivados de quienes hayan obtenidos títulos académicos en el Reino Unido antes de producirse la retirada, así como la confirmación de que quienes se encuentren establecidos en España con anterioridad al Brexit podrán continuar la actividad con arreglo al mismo marco jurídico.

Cuestión distinta, y aún de efectos inciertos, es el impacto que tendrá la retirada, sea paccionada o rupturista, en la influencia del Derecho británico como ley aplicable en operaciones jurídico-privadas. Lo mismo cabe decirse de los tribunales británicos como foros jurisdiccionales, una vez éstos pierdan los instrumentos de cooperación judicial civil y mercantil europeos que facilitan la libre circulación de sus resoluciones entre todos los Estados miembros. El futuro del Derecho británico y de sus tribunales dependerá de múltiples factores que actualmente desconocemos, pero es evidente que, sea cual sea el desenlace de estas negociaciones, la reputación del Reino Unido como un país exento de sobresaltos y excentricidades político-económicas, algo que tantos frutos le ha reportado durante décadas, ha quedado gravemente deteriorada.

LA CRISIS DE VENEZUELA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS



Por Jesús Eduardo Troconis Heredia
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III de Madrid

Partimos de la naturaleza jurídica progresiva y voluntarista del Derecho Internacional. Los derechos humanos, dice Norberto Bobbio, nacen cuando deben o pueden, siendo derechos históricos que aparecen en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejas potencias.

En el campo político, jamás se habían producido acontecimientos que tan rudamente anularan la condición humana de los venezolanos. En Venezuela, las instituciones democráticas, antes de 1999, nos hicieron conocer programas idóneos cuyos esfuerzos consiguieron niveles razonables de bienestar y desarrollo. Hoy, somos testigos de un proceso salvaje de destrucción que nos muestra las plagas del hambre, la enfermedad y la muerte. El aparato productivo del Estado desapareció. Es patético el hundimiento de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), el dominio y control de la disminuida industria petrolera está en las manos perversas e intrusas de la Habana. La herida más profunda es la violencia que destruye la estructura social con funestas consecuencias. Las Fuerzas Armadas Nacionales, cuya responsabilidad es la preservación del sistema de libertades, fueron desligadas del proceso democrático. Por esto, el diálogo, vía normalmente válida, es en nuestro caso una falsedad sin límites.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El 2 de mayo de 1948 se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Ciudadano. Así comienza su andadura la Organización de Estados Americanos (OEA). Motivo de orgullo para los americanos es que la Asamblea General de Naciones Unidas enuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948, pocos meses más tarde.

Los objetivos primordiales de la OEA son la defensa y protección de la democracia representativa y de los derechos fundamentales. El Tratado de Río de Janeiro de 1947, desarrolla el concepto de la seguridad no sólo contra un ataque al territorio americano sino como muro a la subversión interna provocada por una propaganda ideológica contraria al sistema democrático y de libertades públicas como el comunismo. Asimismo, la Conferencia Panamericana de Caracas de 1954, declara que se debe preservar la integridad política de los Estados contra una intromisión del comunismo internacional.

"La herida más profunda es la violencia que destruye la estructura social con funestas consecuencias. Las Fuerzas Armadas Nacionales, cuya responsabilidad es la preservación del sistema de libertades, fueron desligadas del proceso democrático"

Entonces, existe una solución para el problema venezolano en el marco de la Organización de Estados Americanos, evadiendo las horcas caudinas del anacrónico veto de Rusia y China en el Consejo de Seguridad. Resolver los problemas regionales sin acudir al mismo es una aspiración legítima y ancestral del Derecho Americano, oscurecida algunas veces por la intervención unilateral norteamericana en uso de su política de gran potencia.

Brasil propuso en el contexto de la fundación de la ONU que las situaciones regionales se resolvieran en su respectivo bloque sin intervención del Consejo de Seguridad. El paso del tiempo no es en vano, hace 70 años, Francia, Reino Unido, China, Rusia y EEUU, miembros permanentes del Consejo de Seguridad, han cambiado ostensiblemente y las circunstancias también, lo cual elimina su posibilidad de aportar una solución objetiva, imparcial y justa.

La Ayuda Humanitaria es aceptada como el conjunto de iniciativas en favor de las víctimas de desastres desencadenados por catástrofes naturales o conflictos armados. Son consideradas como providencias dirigidas a satisfacer las necesidades de las personas, ellas constituyen la esencia de la acción humanitaria y no los Estados que dan prioridad a sus intereses políticos y económicos.

El colapso venezolano revisa todos los códigos de medición del desarrollo y de los estándares de bienestar. Una obra inédita, una tragedia.

La economía venezolana atraviesa una severa recesión. En los últimos cuatro años, el PIB ha caído un 55%, lo cual nos retrotrae a la década de los cincuenta. Entre los miembros de la OPEP, Venezuela es el único que padece hiperinflación. Los índices de pobreza revelan el porcentaje alarmante del 87% para el 2017, ya que el salario mínimo es el más bajo de América Latina.

La corrupción ha llevado este cuadro a niveles aún más dramáticos. El 95% de los ingresos por exportaciones en Venezuela proviene de PDVSA. Entre 2003 y 2015, se exportaron casi ochocientos mil millones de dólares en petróleo, y el Banco Central de Venezuela recibió menos de la mitad. ¿A dónde fueron a parar esas divisas? En lenguaje prosaico, se las robaron.

Esta crisis ha causado una diáspora forzosa de entre 4 y 5 millones de venezolanos, un verdadero desastre.

Una solución posible: Los principios de Intervención Humanitaria y Responsabilidad de Proteger

La Intervención Humanitaria utiliza los medios diplomáticos o jurisdiccionales de solución de conflictos y determina la obligación de proteger los Derechos Humanos al Estado y a la Comunidad Internacional. Se analiza desde la perspectiva jurídica como la más poderosa motivación para recurrir a medios militares, tal como aconteció, ante la necesidad de socorrer las poblaciones



víctimas de su propio Estado, en el caso de Somalia en 1993 y en Libia en 2011.

La idea de un pacifismo activo cobra fuerza en nuestros días. El principio de la Soberanía Estatal ha cedido su preeminencia al principio de la Intervención Humanitaria. Esta noción hace referencia a la utilización de medidas económicas, políticas o de otra naturaleza para forzar al Estado transgresor a subordinar el ejercicio de sus derechos soberanos.

Ante la colisión entre los Derechos Humanos y la Soberanía y la No Intervención, prevalecen los primeros, es así como la doctrina más avanzada señala que se debe intervenir para evitar una violación flagrante y criminal de los mismos.

En relación a Venezuela, es justificable invocar la Responsabilidad de Proteger a las poblaciones en aquellos Estados en los que se violan sistemáticamente los DDHH, mecanismo instituido por Naciones Unidas en 2005.

Una Tendencia doctrinal piensa que su aplicación debería cumplirse por el Consejo de Seguridad de ONU, corriéndose el riesgo de la frustración por el veto reconocido a sus integrantes. En mi opinión, es un hecho que vetar acciones destinadas a evitar una lesión que inflige sufrimientos indecibles podría convertir al Consejo de Seguridad en un obstáculo insuperable para el ejercicio de la responsabilidad de proteger, lo que va en desmedro de su credibilidad y legitimidad. En el caso venezolano, podría resolverse la crisis en el marco del Sistema Interamericano, en el seno de la OEA que reúne 35 Estados, desde las Cataratas del Nágara a Cabo de Hornos, de Canadá a Argentina, el Continente Americano entero.

Luis Almagro, secretario general de la Organización de Estados Americanos, ha emprendido un camino arduo en la defensa de la democracia y la libertad de Venezuela, que hoy renueva su esperanza tras veinte años de oscuridad y tiranía.

REFORMA CONSTITUCIONAL

Nueve claves para reformar la Constitución Española



Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid

Cinco ámbitos prioritarios

“ Las constituciones se defienden reformándolas: ajustándolas de tiempo en tiempo según las experiencias. Frente a una costumbre bárbara, extendida en España desde el XIX, que nos lleva a no tocarlas y luego a construir otra constitución sobre las ruinas de la vieja. Un comportamiento suicida que nos aleja de la tradición europea. Una reforma constitucional adecuada produce legitimidad democrática, integración ciudadana, organización y eficiencia; cosas de las que andamos muy faltos. Pero requiere una cultura política del compromiso que hemos perdido. Con un pentapartidismo imperfecto y una docena de partidos en el Congreso tendremos que adquirirla a la carrera si queremos alcanzar gobiernos estables. Es preciso abandonar las malas prácticas de acoso y derribo. Todas las reformas constitucionales no pueden hacerse a un tiempo. Hay que seleccionar lo importante y prioridades. Muchas políticas nuevas pueden hacerse sin modificar la Constitución. Ocupar el lugar de la reforma constitucional con cuestiones accidentales es un divertimento.

Primero, es preciso introducir una cláusula constitucional europea que nos coloque a la vanguardia de la Unión Europea y del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pocas cosas unen más a los españoles en estos difíciles momentos que Europa. Segundo, necesitamos una seria reforma de la organización territorial con urgencia. Clarificar las competencias, aprovechando las experiencias, para evitar demasiados conflictos y una inaprensible jurisprudencia. Las competencias del Estado deben estar sólo en la Constitución y no en un amplísimo bloque de la constitucionalidad. Todas las competencias que no correspondan al Estado deben ser de las CCAA y las largas y confusas cláusulas de los Estatutos de Autonomía sobre competencias deben quedar sin efecto. Tercero, debe introducirse una mínima Constitución financiera que garantice la solidaridad ente todas las CCAA y unas pautas para la renovación del sistema de financiación. Cuarto, ninguna de estas cosas es posible sin hacer del Senado una verdadera cámara de representación territorial, como en cualquier país federal o cuasi federal, siguiendo el modelo de Alemania o Austria. Quinto, la reforma territorial no será legítima, menos aún entre los jóvenes que han sufrido la crisis, sin algunos ajustes en los derechos sociales y la democracia representativa. No debe hacerse todo esto a un tiempo sino reforma a reforma según se alcancen acuerdos. Para que los Grupos parlamentarios consigan cierto cariño y comprensión y se habitúen a las virtudes del diálogo, podría ser bueno comenzar reformando el obsoleto Reglamento del Congreso y la LOFCA. Paso a paso y sin prisas, pero sin perder más tiempo. ”

Europa como referencia

“ En un libro publicado recientemente sobre “Reforma constitucional en la Unión Europea y España” (1), llamé la atención acerca de la necesidad de tener en cuenta el marco europeo para la realización de reformas constitucionales en los Estados miembros, entre ellos España.

Ya hemos realizado dos reformas en la Constitución de 1978 entroncadas con el proceso de integración en la UE. La primera para introducir el derecho al sufragio pasivo en las elecciones municipales y europeas con criterios de reciprocidad, para adaptarnos a las disposiciones del Tratado de Maastricht; la segunda introduciendo la denominada “regla de oro” en la Constitución para garantizar a máximo nivel el equilibrio presupuestario en todas las administraciones públicas, lo cual ya venía siendo una exigencia constante en la política de la UE. Pero existen ciertas “disfunciones” en el multinivel jurídico en el que estamos insertos, especialmente en relación con el Derecho y las políticas de la UE, que sería bueno remediar si es que, aunque con las coordenadas políticas actuales resulta difícil, pudiéramos comenzar a sentar las bases de una reforma constitucional plausible. Tengamos en cuenta, por otra parte, que algunas de las reformas pueden exigir que se tenga que aplicar el procedimiento de reforma más gravoso, aunque la mayor parte de ellas podrían realizarse sin tener que recurrir a ello. Incluso, las habría que con reformas legislativas de cierto calado pudiéramos dar respuestas adecuadas al problema que estoy planteando.

“ En materia de derechos fundamentales sería útil tener en cuenta los reenvíos que los Tratados de la Unión realizan a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (con valor ya de Tratado) y, también las regulaciones de derechos, especialmente de contenido económico y social que se contienen en el Tratado de Lisboa ”

Es necesario, en este contexto, “repensar” las regulaciones constitucionales actuales, para que cuando la reforma sea posible no vayamos “improvisando”. Es necesario repensar porque en ese entronque entre la UE y España existen varios asuntos en los que hemos de tener muy presente que se han realizado transferencias de soberanía y que ello condiciona la posible reforma constitucional. Pondré sólo algunos ejemplos.



Teresa Freixes

Catedrática de Derecho
Constitucional de la Universidad
Autónoma de Barcelona

“También sería muy útil repensar la configuración de los instrumentos de colaboración entre los órganos centrales, los órganos autonómicos y los europeos. La experiencia europea, en la colaboración vertical y horizontal, constituye un buen modelo a tener en cuenta en la dimensión interna”

En materia de derechos fundamentales sería útil tener en cuenta los reenvíos que los Tratados de la Unión realizan a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (con valor ya de Tratado) y, también las regulaciones de derechos, especialmente de contenido económico y social que se contienen en el Tratado de Lisboa, sobre todo porque en muchos de ellos existen también regulaciones en Estatutos de Autonomía y otras normas de las Comunidades Autónomas que no tienen en cuenta las competencias de la UE al respecto.

También sería muy útil repensar la configuración de los instrumentos de colaboración entre los órganos centrales, los órganos autonómicos y los europeos. La experiencia europea, en la colaboración vertical y horizontal, constituye un buen modelo a tener en cuenta en la dimensión interna. Contando, además, con la articulación entre los parlamentos nacionales (regionales incluidos) y el Parlamento Europeo, en la colaboración legislativa y el respeto al principio de subsidiariedad, incluyendo el mecanismo de la “alerta temprana”, se podría redimensionar en forma adecuada el reparto de atribuciones y competencias entre los distintos niveles legislativos y ejecutivos.

El diálogo entre tribunales también puede ser objeto de estas reflexiones previas a cualquier reforma, puesto que tanto en el ámbito interno, como en las relaciones de los tribunales españoles con los de ámbito supranacional, han existido y, en algunos ámbitos, se mantienen disfunciones que es necesario superar teniendo en cuenta la evolución del proceso de integración y el cumplimiento de los compromisos internacionales.

Claro está que es necesario, para ello, que también la Unión Europea aborde estos temas teniendo en cuenta la relación con el orden constitucional de los Estados miembros. Urge concienciar sobre estas cuestiones ahora que comienza una nueva legislatura europea, a la par que una nueva legislatura española, incluyendo a la mayor parte de las Comunidades Autónomas, que también han pasado por sendos procesos electorales.

En resumen, si el multinivel jurídico derivado de la Constitución y los Tratados de la UE no es tenido en cuenta en las posibles reformas, poco avanzaremos en la consolidación de esa Europa fundamentada en el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales que constituye el frontispicio del proceso de integración desde que en el Congreso de La Haya, en 1948, se sentaron los pilares de lo que hoy son el Consejo de Europa y la Unión Europea. ”

NOTA

(1) MARTÍNEZ CUADRADO, M. (Dir.). Reformas constitucionales en la Unión Europea y en España. Marcial Pons, Madrid, 2019.

Renovar el consenso

“ España precisa con cierta urgencia renovar su consenso constitucional y, de este modo, relegitimarlo en un momento en que la legitimidad del pacto constitucional vigente ha sido puesta en entredicho. Las constituciones que no se actualizan y relegitiman periódicamente corren riesgo de debilitarse. Transcurridos cuarenta años desde el último proceso constituyente, España requiere una reforma constitucional (de cierto alcance, pero no integral, ni menos aún un proceso neo o reconstituyente) que actualice y vigorice todas las dimensiones de la cláusula troncal que vertebra constitucionalmente España, es decir, todas las dimensiones del Estado social y democrático de Derecho, descentralizado e integrado en Europa y en la comunidad de Estados iberoamericanos. No solo se trata de perfeccionar en clave federal el Estado autonómico (que ya es materialmente un Estado de tipo federal, aunque aquejado no solo técnicamente de defectos de diseño, sino fundamentalmente de una verdadera cultura política federal). También se trata de actualizar el catálogo de derechos fundamentales, de reforzar y desarrollar la cláusula de Estado social (complementando la cláusula de estabilidad financiera -art. 135 CE- con una cláusula de estabilidad social), mejorar la configuración y el funcionamiento de la representación política y de las instituciones democráticas (en particular, del Senado) y de otras instituciones de control, así como de dotar de anclaje constitucional a la participación de España en el proyecto de integración europea y a la proyección de España en Iberoamérica. El desafío es mayúsculo ciertamente, pues los grados de consenso requeridos para semejante tarea no son hoy equiparables a los de hace cuarenta años. Pero, más allá de la fijación de un perímetro y de un marco básico, no parece razonable condicionar el inicio del proceso de reforma constitucional a la existencia de un consenso cabal previo sobre todos y cada uno de sus contenidos. La reforma constitucional es un "proceso" que no se puede pretender encerrar en un consenso previo, estático y momentáneo, en cierto modo caído del cielo. Condicionar el inicio del proceso de reforma a la previa consecución de un consenso detallado sobre su contenido equivale a hacerlo imposible. Lamentablemente, aún no se ha logrado desatar ese nudo que, por ahora, sigue atenazando (y, por tanto, haciendo inviable) la reforma constitucional en nuestro país. ”



Mariano Bacigalupo

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNED y Consejero CNMC



Roberto L. Blanco Valdes
Catedrático de Derecho
Constitucional de la
Universidad de Santiago
de Compostela

¿Qué hacemos con el Senado?

“ El debate sobre la reforma del Senado es, sin duda, el más añejo en materia de cambio de la Constitución. De tal reforma se viene hablando desde poco tiempo después de aprobarse la ley fundamental, aunque tal cosa no haya servido para avanzar en la materia. En realidad, y para expresarlo con la concisión que se me pide, cuatro serían las posibles opciones a adoptar.

La primera consistiría en dejar las cosas como están a partir de un razonamiento difícilmente discutible: que, aunque la composición del Senado es disparatada, el papel que ha jugado desde 1978 no ha llegado a ser jamás disfuncional, pues, salvo en algunas pocas materias (la autorización para la aplicación del artículo 155, de manera destacada) las decisiones del Senado quedan sujetas a la última palabra del Congreso.

Una segunda opción sería reducir la reforma del Senado a cambiar su demencial composición, que, al ser prevalentemente provincial, provoca que las Comunidades más pobladas (Madrid o Cataluña) tengan menos representación que otras con mucha menos población. Bastaría, así, con configurar un Senado de composición igualitaria, como el norteamericano (número igual de senadores por Comunidad), o de composición proporcional a la población, como el austríaco: a más población, más senadores.

Los que –tercera posibilidad– defienden hacer del Senado una cámara de representación territorial, según su definición constitucional, sólo tienen una opción: convertirlo en un Bundesrat a la española. Y ello porque el Bundesrat alemán es, en realidad, la única segunda cámara territorial que existe en el planeta. En él están representados los gobiernos de los Länder, que actúan con voto uniforme y mandatado. Todos los demás senados se vertebran sobre el papel de los partidos y no sobre el de los territorios.

Queda una alternativa final, apuntada, no sin razón, en algunas ocasiones: suprimir el Senado. ¿Por qué? Porque, según hoy está regulado, no añade nada sustancial ni a la función de control, ni a la legislativa. Porque así seguiría siendo aunque racionalizásemos su composición en línea con la segunda alternativa. Y porque hacer de nuestro Senado un Bundesrat podría generar en España todos los problemas que aquel ha producido en Alemania y que exigieron reformar la Constitución en 2006 para reducir sus competencias, y, consecuentemente, sus posibilidades de bloqueo.

Todo lo apuntado tiene mucho, en cualquier caso, de constitucionalismo-ficción, porque, con la actual composición del Congreso y del Senado, pensar en una reforma constitucional constituye, creo, sencillamente una quimera ”

En clave social

“ El planteamiento de una reforma de la Constitución española de 1978 en clave social (concebida la reforma como mecanismo de adaptación de la norma a la realidad, para consecución de mayor justicia social) pone casi siempre el énfasis en mejorar la terminología (“derechos” en lugar de “principios rectores”) y, sobre todo, la justiciabilidad de tales derechos (ante las jurisdicciones ordinaria y constitucional). Y, ciertamente, una reforma social de la Carta Magna siempre será bienvenida tanto desde una vertiente formal (verbigracia, actualización terminológica del art. 49 sobre personas con discapacidad) como en su dimensión sustancial (progresividad o no regresión en materia de derechos sociales, blindaje de su financiación, etc.).

Ahora bien, debe alertarse sobre el riesgo de convertir la reforma constitucional en mero instrumento propagandístico por las fuerzas políticas en liza, sin verse imbuidas por análogo espíritu de consenso al alcanzado en 1978, sin poner el foco de atención en las personas y sin reparar en que la realización de los derechos sociales viene especialmente de la mano de acciones cotidianas de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) a todos los niveles territoriales (local, regional y estatal). Diversamente, la reforma es un mecanismo de defensa extraordinaria de la Constitución, del mismo modo que el recurso de amparo constituye un instrumento subsidiario sometido a requisitos excepcionales y casi ilusorios de admisión procesal.

“ En estas coordenadas, considero más pragmático y realista para la efectividad de los derechos sociales seguir potenciando a nivel interno esas acciones cotidianas de las autoridades públicas y de la ciudadanía que acometer una reforma constitucional ”

En estas coordenadas, considero más pragmático y realista para la efectividad de los derechos sociales seguir potenciando a nivel interno esas acciones cotidianas de las autoridades públicas y de la ciudadanía que acometer una reforma constitucional (regida por las mayorías cualificadas o agravadas previstas en el Título X de la Constitución). Es más, semejantes pragmatismo y realismo pasan por acometer la incorporación de los compromisos internacionales sociales todavía no asumidos por España (lo cual reviste menor complejidad desde la perspectiva del juego de las mayorías-minorías parlamentarias).



Luis Jimena Quesada
Catedrático de Derecho
Constitucional (Universidad
de Valencia)
Ex Presidente del Comité Europeo
de Derechos Sociales

"Al margen de esas normas internacionales vinculantes, las acciones positivas a favor de los derechos sociales pueden venir asimismo impulsadas por instrumentos programáticos, como sucede con el "Pilar Europeo de Derechos Sociales", proclamado por las instituciones de la Unión Europea en noviembre de 2017 en el marco de la Cumbre de Gotemburgo"

En efecto, a mi modo de ver, el fortalecimiento constitucional de los derechos fundamentales y de la dimensión social del Estado comporta insoslayablemente la asunción de los vectores básicos del modelo social europeo, es decir, la aceptación de la "Constitución social de Europa" (Carta Social Europea revisada de 1996) y del procedimiento judicial de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (Protocolo de 1995), en la línea propugnada por el llamado "proceso de Turín" lanzado por el Consejo de Europa en octubre de 2014.

Al margen de esas normas internacionales vinculantes, las acciones positivas a favor de los derechos sociales pueden venir asimismo impulsadas por instrumentos programáticos, como sucede con el "Pilar Europeo de Derechos Sociales", proclamado por las instituciones de la Unión Europea en noviembre de 2017 en el marco de la Cumbre de Gotemburgo. Desde luego, todavía resta por ver el potencial de ese Pilar y la manera de integrar los derechos sociales en la arquitectura europea para reequilibrar la gobernanza económica, de tal forma que el presupuesto europeo (o de la zona euro) permita inscribir la cuestión social (garantía de empleo juvenil, seguro europeo de desempleo, etc.) con mayor contundencia en la agenda europea. Desde el ámbito académico, político y social se han lanzado propuestas recientes como la necesidad de un nuevo "Tratado de democratización para Europa" que reduzca y palíe el déficit democrático (institucional y sustancial) del "método Troika" a través de una decidida "condicionalidad social" compensatoria de las exigencias del "Semestre Europeo" y de los "Memoranda".

En suma, por más que una reforma constitucional social no sea descartable, resulta más sencillo procedimentalmente y más eficaz sustancialmente asumir el mencionado "acervo social europeo", para que los esfuerzos internos se traduzcan en una conciencia pública y ciudadana que reafirme la noción de "obligaciones positivas" en nuestro ordenamiento constitucional. Pues, en última instancia, si los derechos (también los sociales) valen tanto como las garantías, estas valen tanto como la voluntad positiva de canalizarlas y ponerlas en práctica (con responsabilidad y buena fe) por parte de los poderes públicos y los operadores jurídicos (incluidas la Judicatura y la Abogacía), los agentes sociales y las organizaciones de la sociedad civil, los medios de comunicación y las instituciones académicas. "

Con perspectiva de género

“ Si debiéramos emprender una reforma constitucional en esta, la XIIIª legislatura desde que entró en vigor la Constitución de 1978, tal revisión debería integrar lo que denominamos “perspectiva de género”, es decir, una visión de la reforma que tenga presentes las reivindicaciones del sujeto político que somos las mujeres. Teniendo en cuenta el momento histórico que vivimos, así como los avances en la lucha por la igualdad que ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico en los últimos cuarenta años, no sería posible abordar una reforma constitucional coherente, completa y respetuosa con el principio básico de igualdad que proclama el art. 1 CE, si no se incorpora esta perspectiva.

Hoy somos conscientes de que la educación de las mujeres, su participación en la toma de decisiones, su posición en la familia, su acceso al mundo del empleo remunerado, el control sobre sus propios cuerpos y su capacidad reproductora, y la defensa frente a la violencia estructural que sufren, son elementos determinantes y constitutivos de nuestras comunidades políticas. Nuestro pacto constituyente asumió que para dar respuesta a las grandes cuestiones referidas, bastaba con la proclamación de la igualdad formal del art. 14 CE, la inclusión de la igualdad material como principio modulador de la anterior (art. 9.2 CE) y la no discriminación expresa de la mujer en el acceso a las instituciones y al disfrute de los derechos. Efectivamente, con esos pocos mimbres se fue avanzando, fiándose del legislador y del intérprete de la Constitución. Hoy es necesario que las conquistas pasen al texto constitucional, para asegurar su irreversibilidad. Constitucionalizar para integrar, entre las opciones políticas fundamentales: i) el principio de paridad en el reparto del poder y en el acceso al mismo a través de las elecciones; ii) el derecho al matrimonio igualitario y al divorcio libre; iii) el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges; iv) la protección de la maternidad, como facultad privada dotada de interés público; v) el derecho a la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en el mundo laboral; vi) la definición de un modelo de coeducación; vii) la consagración de los derechos sexuales y reproductivos; viii) el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, en estrecha conexión con la preservación de la dignidad humana y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Constitucionalizar para que el texto sea fiel reflejo de la sociedad cuyas relaciones políticas contempla. ”



Itziar Gómez

Letrada del Tribunal Constitucional.
Profesora Titular de Derecho
Constitucional. Universidad
Carlos III de Madrid

Modernizar la Justicia



Ana María Ovejero Puente
Catedrática de Derecho
Constitucional y vicedecana
de la Facultad de Ciencias Sociales
de la Universidad Europea
de Madrid

“ La sociedad española, cada vez más dinámica y compleja, necesita una Justicia eficaz, con procedimientos modernos, garante de los derechos de los ciudadanos. Una Justicia que proporcione seguridad jurídica y que actúe de forma independiente, unitaria y coherente. Para conseguirlo no necesitamos tanto una reforma constitucional, como una modernización de sus estructuras. La clave está en la LOPJ. Ahora, implica una transformación tal del sistema que requeriría un consenso semejante al de la reforma constitucional.

La Justicia como valor superior o principio fundamental está ampliamente reconocida y garantizada (Art.1, 9 y 10; título VI (artículos 117 al 127)). Es en el funcionamiento del poder judicial donde debe producirse el cambio. En este sentido, debemos permitir una mayor democratización del Poder judicial y, en concreto, introducir un mejor sistema de rendición de cuentas, que asegure el uso no arbitrario del poder jurisdiccional y la mejora del servicio público de justicia, transformando elementos estructurales, procedimentales y culturales aún muy arraigados. En el ordenamiento español el juez responde individualmente de su actividad jurisdiccional, pero el Poder judicial —como Poder del Estado— no responde, en términos políticos, de la idoneidad de su contribución a la conformación del interés general.

Esto nos lleva al manido asunto del gobierno del Poder Judicial, no bien resuelto por el literal del 122 CE. Pero, más allá del sistema de elección de miembros, que es lo que más ha preocupado en estos 40 años, podemos crear instrumentos que permitan rendir cuenta de las decisiones y asumir la responsabilidad pública al hacerlo. El art. 122CE es suficientemente ambiguo para no impedirlo, pero la LOPJ actual es demasiado parca para garantizarlo.

Una Justicia responsable requiere reforzar los instrumentos de publicidad y de transparencia. Esto implica mayor foco sobre las resoluciones, el contenido de los fallos y los votos particulares, especialmente cuando se culmina el proceso de enjuiciamiento y se crea Derecho, sin que por ello estemos afectando la independencia judicial. El ciudadano debe conformar el debate de qué es lo justo, porque es parte del sistema democrático y debe participar, más allá de ser jurado o ejercer la acción popular (dos únicas fórmulas constitucionales previstas).

Otro asunto urgente es la garantía de accesibilidad a la justicia, que va más allá del tema tasas o justicia gratuita. Incluye adoptar un sistema de enjuiciamiento penal y un sistema de acceso a la judicatura homologables con los sistemas europeos. Debemos seleccionar y formar a los mejores jueces, evitando la endogamia y el corporativismo, y permitiendo la integración de conocimientos de otras áreas imprescindibles para administrar justicia de forma eficaz, hoy día. Y necesitamos reformar la investigación penal, con fiscales directores y con jueces de garantías.

Otras reformas imprescindibles afectan a la modernización del sistema: a los procedimientos y a la transformación digital administrativa. Ha comenzado muy lentamente y no necesita modificación Constitucional para culminarse, pero si una enorme inversión económica. ”

Racionalización de la monarquía

” Escribe la profesora Pascual Medrano, gran especialista en esta materia que “la historia política del siglo XIX es, en España, una historia de Regencias”.

La Regencia es una forma eventual e interina de Jefatura monárquica del Estado cuya finalidad consiste en evitar el Trono vacante. De las circunstancias observadas en el Derecho comparado para su instauración, la Constitución española reconoce la minoría de edad del Rey y su incapacidad. No así las ausencias temporales, que pueden solucionarse mediante las modernas tecnologías de la comunicación.

La difícil racionalización de la monarquía se evidencia en diversos pasajes de este artículo. Así, el apartado primero exige y reitera que el Regente sea español, lo cual es obvio (vulneraría toda lógica, además de toda prudencia, que fuera Jefe del Estado español quien no es español), pero no sobra. También exige mayoría de edad, que es aún más evidente pues se acude a la Regencia precisamente porque el Rey es menor. En cambio, no requiere otra condición necesaria y obvia como tener el pleno ejercicio de sus derechos políticos.

Más grave es que el constituyente no imaginara que en la Familia Real pueden generarse circunstancias hoy bastante comunes, como el divorcio. De haberlo en la pareja regia, quien ha sido Rey o Reina consorte hasta ese momento queda desvinculado de la Real Familia y carece de todo sentido entregarle el ejercicio interino de la Jefatura del Estado. Por forzar todavía más el argumento, tal persona acaso haya decidido vivir en país extranjero, contraer nuevas nupcias y tener nueva descendencia. Sería pintoresco enviarle un avión de las Fuerzas Armadas para que se digne venir a España a sancionar leyes y proponer candidatos a la presidencia del Gobierno.

Llegado el caso descrito, han de prevalecer los intereses nacionales y esa persona debe declinar el cargo motu proprio o negociado. Pero la solución jurídica correcta es la reforma del precepto, para lo cual se puede tomar ejemplo del artículo 60.1, que exige que el padre o la madre del Rey menor, para ejercer su tutela, permanezcan viudos. Pero tampoco sería suficiente, sino que se debería añadir en ambos preceptos “y vinculados a la Familia Real”.

En fin, la Constitución silencia una precaución del texto de 1869: la prohibición de hacer una reforma constitucional durante la Regencia. Sin embargo, lo aconsejable es que los órganos constitucionales no realicen actos irreversibles salvo que esté en juego la seguridad del Estado, su unidad o la continuidad del régimen democrático. ”



Antonio Torres del Moral
Catedrático de Derecho
Constitucional



Enrique Arnaldo Alcubilla
Abogado. Copresidente
de la Sección de Derecho
Constitucional del ICAM

Justicia y eficacia electoral

”Aun cuando la Constitución española de 1978 no puede definirse como un “cuadro paradisiaco”, es la primera de nuestra agitada historia que afronta los problemas reales de nuestra sociedad, ante los que todas las demás habían fracasado. Obra nacional del encuentro y consenso entre todas las fuerzas políticas y entre todas las partes territoriales del Estado, la Constitución de 1978 goza de una “auctoritas superior” a cualquier otra de las que han regido desde la gaditana. Es una Norma Fundamental integradora en cuanto definidora de un espacio abierto, flexible y plural capaz de adaptarse a desarrollos políticos e institucionales distintos trazados a partir de la alternativa ínsita a su ser democrático.

A su legitimidad de origen, que está intacta, se ha sumado la de ejercicio porque ha permitido la consolidación de la Monarquía Parlamentaria, del Estado social y democrático de Derecho y del Estado autonómico. Y asimismo la legitimidad de la eficacia, de la que hablara García Pelayo, gracias a su capacidad para producir el mayor salto en las cotas de progreso y bienestar para los españoles, libres e iguales, y el mayor nivel de estabilidad institucional.

En razón de estos valores y capacidad, la pretensión rupturista –que parte de que la Constitución es un texto instrumental, utilitarista y coyuntural con la fecha de caducidad que a los promotores de esta tesis convenga– es, desde luego, claramente rechazable no desde el inmovilismo constitucional, sino porque la sociedad española ha metabolizado la Constitución, la ha interiorizado, y sigue viva y auténtica su razón de ser por más debilidades y dudas que en ocasiones suscite consecuencia de interpretaciones o aplicaciones indebidas, desajustadas o desleales.

No hay consenso nacional para la reforma constitucional ni se vislumbran condiciones para que lo haya, tanto más que –más allá del ilusionismo arquitectónico de los profesores y de exquisiteces perfeccionistas no desdeñables al menos desde la utopía– únicamente desde posiciones rupturistas o carentes de lealtad constitucional se interesa una reforma de la misma para dinamitarla, para hacerla saltar hecha pedazos. En suma, aunque el cambio puede ser necesario, o al menos aconsejable, no existen condiciones para ello en el presente histórico-político de España.

Entiendo por ello que el futuro constitucional está comprendido en la Constitución de 1978 que debe seguir siendo elemento esencial de nuestra vertebración política. Unos pocos y marginales no pueden imponerse al pueblo español titular de la soberanía, no pueden pretender secuestrar la voluntad mayoritaria pues con ello se rompería la convivencia que precisamente la Constitución funda.

En este contexto me declaro abiertamente pesimista sobre una reforma incluso a medio plazo. No obstante, se me pide una reflexión sobre la hipotética modificación de las bases del régimen electoral que la Constitución contiene. Son numerosas las propuestas que se han puesto encima de la mesa, variadas y no pocas contradictorias entre sí, en lo que al Congreso de los diputados se refiere y así las siguientes:

- Bajar el mínimo provincial de diputados a 1, con lo que se primaría a la población sobre el territorio.
- Aumentar a 400 el número de diputados, lo que aumentaría la proporcionalidad.

- Los 50 diputados nuevos (al subir a 400), asignarlos a una circunscripción nacional, de forma que se repartirían proporcionalmente entre los partidos por los restos de votos que no hubieran sido útiles en la circunscripción.
- Sustituir la fórmula d'Hondt por la Sainte-Lagüe, que aumenta tendencialmente la proporcionalidad al distanciar las divisiones.
- Suprimir la barrera electoral (aunque se ha demostrado que no es excluyente) o subir al 5 por 100 para cerrar el paso a pequeños partidos.
- Establecer una barrera mínima de votos a nivel nacional para que los partidos tengan derecho a participar en el reparto de escaños, con el fin de frenar los partidos de ámbito territorial.
- Establecer el llamado doble voto, doble urna, al modo alemán, que se concreta en la combinación voto de lista de partido con el voto de lista personal, es decir de distritos plurinominales y uninominales.
- Listas abiertas o entreabiertas para frenar el omnímodo poder de los partidos en la preselección de los candidatos sobre los que se pronuncian los ciudadanos.
- Atribución de una prima al partido mayoritario ganador de las elecciones, que se beneficiaría de X escaños suplementarios, a fin de favorecer la gobernabilidad.

En fin, un conjunto de propuestas disjuntas con consecuencias incluso inconciliables, aunque en la mayoría late la búsqueda de una mayor proporcionalidad, es decir que el Congreso sea espejo fiel de la distribución de los votos en la sociedad, y todo porque se atribuye al vigente la vocación del alcalde de Nottingham que robaba a los pobres para entregárselo a los ricos. Ahora bien, la justicia electoral no debe hacer olvidar la eficacia electoral, es decir facilitar la constitución de gobiernos estables. Y, en fin, no debe olvidarse que el sistema de partidos no depende del sistema electoral, como pretendió Duverger. Si los partidos políticos son los dueños del proceso de participación política de los ciudadanos, es su capacidad de penetración en los mismos, en la sociedad, su mayor o menor fuerza e implantación, la que condiciona los resultados electorales. Con el mismo sistema electoral hemos pasado de bipartidismo imperfecto a un pluripartidismo neto. No podemos, pues, buscar en el sistema electoral las claves únicas para explicar el sistema de partidos. El sistema electoral no es, como bien explicó Nohlen, una variable independiente sino interdependiente, de forma que no puede analizarse aislado o separadamente de otras variables.

En fin, la reforma –si es que se considera, finalmente, que es imprescindible– nunca debe acomodarse en beneficio de nadie sino en beneficio del principio democrático. No me resisto a la cita de Manuel Aragón: "democracia y representación forman el sustrato a partir del cual han de examinarse todas las soluciones técnicas que ofrece el Derecho Electoral". A la luz del principio democrático han de efectuarse las críticas y también a la luz del principio democrático han de efectuarse las propuestas para una modificación, es decir, para su robustamiento o fortalecimiento. En todo, una hipotética reforma del sistema electoral, a mi juicio, requeriría una mayoría notablemente superior a la absoluta que exige el artículo 81 de la Constitución. Largo lo fiais, Sancho. ”

"No hay consenso nacional para la reforma constitucional ni se vislumbran condiciones para que lo haya, tanto más que –más allá del ilusionismo arquitectónico de los profesores y de exquisiteces perfeccionistas no desdeñables al menos desde la utopía –únicamente desde posiciones rupturistas o carentes de lealtad constitucional se interesa una reforma de la misma para dinamitarla, para hacerle saltar hecha pedazos "

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Nuevo Código Deontológico

El 8 de mayo entró en vigor el nuevo Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el pasado día 6 de marzo. El Código se fundamenta en tres cuestiones principales: evitar conceptos indeterminados y dotar de tipicidad a las sanciones, eliminar cualquier referencia a lo regulado por el Estatuto General de la Abogacía, y la legitimación como profesión ante los clientes, consumidores y usuarios. Consta de 23 artículos a lo largo de los que se incorporan las últimas novedades normativas y corrige las disfunciones observadas desde 2002.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Pleno. La falta de recurso para impugnar el decreto de los letrados de la administración de justicia cuando se reclaman honorarios de abogados y procuradores por indebidos.

Sentencia 34/2019, de 14 de marzo. El Pleno del Tribunal Constitucional ha decidido por unanimidad declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del art. 34.2 (para procuradores) y del inciso "y tercero" del párrafo segundo y cuarto del art. 35.2 (para los abogados) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. El texto impugnado determina la ausencia de recurso frente al decreto del letrado de la administración de justicia cuando los honorarios de los abogados se discuten por indebidos. Sin embargo, dicho decreto no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior. La sentencia, cuya ponente ha sido la Magistrada Encarnación Roca, considera que *"la exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso por un órgano no investido de función jurisdiccional y da lugar al inicio del procedimiento de ejecución, prescindiendo de ese control y excluyendo a la parte de la posibilidad de impugnación contra la decisión del letrado de la administración de justicia"*. La

cuestión interna de inconstitucionalidad que se ha planteado por parte del TC afecta al régimen de recursos contra los decretos de la administración de justicia en las reclamaciones de honorarios de abogados regulados en la LEC, en la medida en que su aplicación pueda eventualmente impedir que las decisiones de aquellos letrados sean revisadas por los jueces y tribunales, que son los titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Por tanto, se trata de determinar si la previsión cuestionada es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional recogido en el art. 117.3 CE. La sentencia explica que dicha actuación *"prescinde de control jurisdiccional y se excluye a la parte de la posibilidad de impugnación, pues no es un órgano jurisdiccional el que resuelve sobre la procedencia de los honorarios sino el letrado de la administración de justicia"*. De ahí que la mera posibilidad de impedir que dicho acto no pueda ser objeto de revisión por parte de un juez o tribunal origine una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal concluye señalando que *"en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia es el de revisión al que se refiere el art. 454 bis LEC"*.

Sentencia del Pleno que anula el apartado primero del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado por unanimidad que es contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que permite a los partidos políticos recoger datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos. Se estima el recurso de inconstitucionalidad n.º 1405-2019, promovido por el Defensor del Pueblo contra el párrafo que dice *"1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas."*

Según la nota de prensa del Tribunal Constitucional, *“El Pleno del Tribunal Constitucional por unanimidad ha declarado contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que permite a los partidos políticos recoger datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos.”*

La sentencia, cuyo ponente ha sido el Magistrado Cándido Conde-Pumpido, ha estimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo el pasado 5 de marzo de 2019.

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente contenido:

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la constitución de la nación española, ha decidido.

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Sentencia del Pleno desestimando por unanimidad la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 18.2. 4^ª último párrafo de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que recoge el deber de extender acta detallada del resultado de las exploraciones judiciales a los menores de edad y darle traslado a las partes para que puedan formular alegaciones.

Sentencia 64/2019, de 09 de mayo de 2019. El contenido del precepto es constitucional porque no vulnera el derecho a la intimidad de los menores. Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la Administración de Justicia debe cuidar de preservar su intimidad, velando en todo momento porque las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. El Tribunal señala que “si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, en atención al interés superior del menor, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad”. Por tanto, “el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por

ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente”. El Pleno recuerda que el derecho del menor a ser “oído y escuchado” forma parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el contenido del documento, y por imperativo del principio procesal de contradicción (art. 24 CE), el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones.

Sentencia 47/2019, de 8 de abril de 2019. Inadecuada utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento.

Se estima el recurso de amparo de una empresa que fue citada para un acto de conciliación y el posterior juicio laboral en su dirección electrónica habilitada en lugar de mediante correo certificado en su domicilio social. La dirección electrónica por la que se comunicó la citación considerada inválida a efectos judiciales es la habilitada facilitada por el Ministerio de Hacienda para recibir las notificaciones de los diferentes organismos de la Administración General del Estado. La citación electrónica vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandada.

El Ministerio de Justicia ha comunicado a los Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo su obligación de notificar la citación o primer emplazamiento a las sociedades y demás personas jurídicas demandadas de forma presencial en su domicilio, y no de manera telemática. Esta comunicación deja sin efecto otra anterior de 2016 que establecía la obligación de relación electrónica con estas empresas y entidades para los juzgados y tribunales de las comunidades que no tienen transferidas las competencias de Justicia y los órganos centrales (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional), según la cual cualquier notificación debía hacerse a través de la dirección electrónica habilitada y los representantes de la sociedad tenían, desde ese momento, tres días para acceder a su contenido.

Sentencia del Pleno. Inadmisión del recurso de amparo por haberse interpuesto fuera del plazo de veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial (art. 43.2 LOTC). VOTO PARTICULAR.

A los efectos del cómputo del plazo de caducidad, aclara la sentencia, *“el dies a quo viene dado por la notificación de la última resolución que cierra la vía judicial y el dies ad quem por la presentación del escrito inicial de*

demanda originariamente dirigida contra las resoluciones impugnadas”.

La sentencia cuenta con un voto particular firmado por los Magistrados Juan Antonio Xiol Ríos, Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer, quienes consideran que el recurso debió contar con una resolución estimatoria sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados. En su opinión, el recurso de amparo presentado debe ser calificado como un recurso mixto, al tener la vulneración alegada del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) su origen formal y materialmente en las resoluciones judiciales impugnadas. Por ello, “las reglas procedimentales de admisibilidad son las previstas en el art. 44 LOTC cuyo plazo de interposición es de 30 días”, y no el previsto en el art. 43 LOTC. Los magistrados explican que la diferencia de plazos entre los recursos de amparo en que las vulneraciones de derechos fundamentales han sido originadas por actuaciones administrativas (art. 43 LOTC) o por actuaciones judiciales (art. 44 LOTC) no es de menor importancia porque es frecuente encontrar supuestos dudosos, como el presente. Apelan a que *“el legislador tiene la responsabilidad de solucionar esta inexplicable e injustificable diferencia de régimen, unificando el plazo de ambos preceptos mediante una reforma legislativa”.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Refuerzo de la Sala de lo Social del TSJM. Acuerdo de 4 de marzo de 2019

Se aprueba una medida de refuerzo consistente en la prórroga de los tres Magistrados en comisión de servicio sin relevación de funciones desde el 14 de abril de 2019 hasta el 13 de octubre de 2019. Se acuerda, con el voto en contra de D. Juan Angel Moreno y Dña. Maria Jesús del Barco, aprobar la modificación de las normas de reparto, acordadas por la Sala de Gobierno de fecha 29/10/2018, relativa a la medida de refuerzo para la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los siguientes términos: la Sección 3ª será sometida a refuerzo durante 3 meses; la sección 4ª será sometida a refuerzo durante 3 meses; la Sección 5ª será sometida a refuerzo durante 6 meses. Los magistrados comisionados actuarán en los periodos indicados en cada una de las secciones funcionales de la Sala anteriormente relacionadas, asumiendo un reparto de 20 asuntos al mes (cinco semanales), conociendo en primer lugar de los recursos seguidos por despido, seguidos de aquellos de mayor antigüedad por magistrado y sección.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

El pasado día 24 de mayo se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Circular de la Fiscalía General del Estado 7/2019, que contiene las pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. El documento finaliza con una recopilación formulada en forma de dieciocho conclusiones que precisa la doctrina que mantiene la Fiscalía en cada uno de los apartados del artículo 510 y del 510 bis.

- El bien jurídico protegido es la dignidad de la persona
- En relación con el fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia, es necesaria su promoción pública sin que sea suficiente la mera exposición del discurso de odio.
- En la elaboración, tenencia y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia, se engloba cualquier escrito o soporte, incluidos los de carácter audiovisual o electrónico, y no se exige que se haya consumado la distribución del mismo.
- La negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad, requiere que las conductas se refieran a alguno de los colectivos señalados en el CP, y que “promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación” generando una situación objetiva de peligro o riesgo hacia ellos.
- En la modalidad de humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas, es necesario que exista una lesión a la dignidad de las personas causando un perjuicio grave.
- Respecto al enaltecimiento o justificación del delito de odio, la expresión o difusión debe tener una cierta entidad o relevancia, con el tipo agravante de difusión mediática.
- La creación del sentimiento de inseguridad o temor exige que la conducta penada sea idónea para generarlo.
- Declara la incompatibilidad de aplicar la agravante de discriminación del art. 22.4 CP con el art. 510, y se examinan otras agravantes “por asociación” y “por error”.
- Se recogen las medidas cautelares que deben plantear los fiscales y las que deben condicionar la suspensión de la ejecución de las penas, como participar en programas de igualdad de trato y no discriminación, o las prohibiciones de aproximación, comunicación, contacto o residencia.

EN LOS ASUNTOS MÁS RECURRENTES DEBEMOS TENER TODAS LAS RESPUESTAS



Cuenta con la referencia de consulta más directa, rigurosa y clarificadora



NUEVO MEMENTO Sucesiones (Civil-Fiscal) 2019

83€

4% IVA NO INCLUIDO

> 829 PAGS. APROX.

- La primera referencia de consulta sobre el Derecho Sucesorio para tener la visión más completa de la materia.
- Aborda la sucesión desde la perspectiva del Derecho Civil, pero también desde un punto de vista tributario.
- Encontrarás ayuda, con opiniones y soluciones útiles y certeras para los numerosos problemas a la hora de aplicar e interpretar un testamento.

Sumario

PARTE 1ª: SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL ORDEN CIVIL

La sucesión mortis causa: caracteres y clases
Testamento
Institución de heredero
Capacidad para suceder.
Causas de indignidad
Sustituciones hereditarias
Legítima y mejora

Preterición y desheredación
Legado
Ejecución de últimas voluntades; el albacea
Sucesión intestada
Derechos de transmisión, acrecer y representación en la sucesión testada e intestada
Reservas
Aceptación y repudiación

de la herencia
Comunidad hereditaria
Partición hereditaria
Sucesión contractual en el derecho común y en el derecho foral
La sucesión en derecho internacional privado y en el derecho interregional
PARTE 2ª: SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL

ORDENAMIENTO TRIBUTARIO

La herencia yacente
La sucesión de las obligaciones tributarias
PARTE 3ª: EL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES
Configuración del gravamen sobre sucesiones
Sujeto pasivo y

responsables
Base imponible
Base liquidable
Deuda tributaria
Gestión del impuesto
PARTE 4ª: EL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

ADQUIÉRELO AHORA LLAMANDO AL 91 210 80 00



www.lefebvre.es

LEFEBVRE

LA MAYOR ASEGURADORA DE SALUD DE ABOGADOS DE ESPAÑA

SALUD ABOGACÍA



PLAN FAMILIA



Defendemos la salud
de tu familia
caso por caso

ESPECIAL PARA FAMILIAS*	TARIFA
Familia sin hijos	84,00€
Familia con 1 hijo	117,00€
Familia con 2 hijos	150,00€
Familia con 3 hijos	176,00€

sin Copagos

NUEVOS COLEGIADOS



Defendemos
tu salud
y tu juventud

PARA NUEVOS COLEGIADOS
HASTA 35 AÑOS
28€/MES*

sin Copagos



Contamos con los mejores especialistas
en toda España.

*Incluida la Clínica
Universidad de Navarra.*

Accede a

|> TU TARJETA DIGITAL <|

y gestiona tu póliza en el área privada

* Consultar las condiciones en www.mtuasнитарia.es

NUEVAMUTUASANITARIA

Infórmate en:

91 290 90 90

www.nuevamutuasнитарia.es