

REJIE NUEVA ÉPOCA

Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Nº 20 · Enero 2020



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Málaga

Presentación al núm. 20

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

Innovar enseñando: la educación del futuro. Las TIC's como factor motivador en la enseñanza

ELENA LARO GONZÁLEZ

Plataforma digital «Ludoteca Jurídica»: una apuesta por la «gamificación» en Derecho

VÍCTOR BASTANTE GRANELL Y LUCÍA MORENO GARCÍA

La base de datos de resoluciones de consultas tributarias como herramienta de innovación docente

NORBERTO MIRAS MARÍN

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

El enfoque relacional como metodología de análisis en el Derecho del trabajo: el expediente de inclusión frente a la discriminación laboral

JOSÉ LUIS RUÍZ SANTAMARÍA

Estudio del acoso escolar y la responsabilidad penal de los menores al hilo de la película «Bullying»: un aprendizaje del Derecho penal de menores a través del cine

ALMUDENA VALIÑO CES

La capacitación del técnico en prevención de riesgos laborales en relación a la educación y formación como Indicador de la cultura preventiva

TOMÁS GARCÍA ARANDA

La Declaración Unilateral de Independencia del Parlamento de Cataluña en relación con la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo: una perspectiva no solo constitucional

ANDRÉS TORRES FONSECA

Pacto de reserva de dominio y enajenación a tercero

ALEJANDRO ARAGÓN PARÍS

RESEÑAS

GÓMEZ SALADO, M.A., *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 2019, 248 pp., por JOSÉ LUIS RUÍZ SANTAMARÍA

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi, Navarra, 2019, 291 pp., por ALBERTO ESPAÑA PÉREZ

RUÍZ SANTAMARÍA, J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 230 pp., por MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

La REJIE pretende abrir a nivel nacional e internacional “un espacio virtual” en el que cualquier profesor universitario pueda plasmar sus reflexiones sobre la actividad docente en Ciencias Jurídicas, ya sea con trabajos de investigación sustantiva o con propuestas de innovación educativa.

Se trata especialmente de contribuir a la implantación y desarrollo del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) desde la investigación y la experiencia práctica del profesorado, exponiéndola al conocimiento general de forma fácil y accesible.

No obstante la revista se encuentra abierta a la participación de profesores universitarios iberoamericanos y de otros continentes que deseen reflexionar sobre la docencia y la investigación en Ciencias Jurídicas (sobre la metodología docente, la necesidad de renovación o cambio, problemas actuales, etc.).

Prueba de la apertura de la revista al exterior es que junto al Comité Científico Nacional, cuenta con un Comité Científico Internacional formado por profesores de Bulgaria, Canadá, Chile, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Hungría, Italia, Polonia y Portugal.

Las opiniones expuestas en los distintos trabajos y colaboraciones son de la exclusiva responsabilidad de los autores

Directora

Isabel González Ríos
isa_gonzalez@uma.es

Subdirectora Académica

Carmen María Ávila Rodríguez
cmavila@uma.es

Secretaria Académica

María del Pilar Castro López
mdcastro@uma.es

Promotor

Grupo de innovación docente
PIE 017/08.UMA

Editor

Universidad de Málaga

e-ISSN
1989-8754

www.revistas.uma.es/index.php/rejie

REJIE NUEVA
ÉPOCA
Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Número 21
Enero 2020

La *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, nueva época (REJIE nueva época)* se encuentra indizada en las bases de datos Latindex, Dice, Isoc e IdeasRePec y REDIB.

Directora: Isabel González Ríos (*Universidad de Málaga*)

Subdirectora académica: Carmen María Ávila Rodríguez (*Universidad de Málaga*)

Secretaria académica: María del Pilar Castro López (*Universidad de Málaga*)

Consejo de redacción

CARMEN M^a ÁVILA RODRÍGUEZ, Universidad de Málaga; JUAN MANUEL AYLLÓN DÍAZ GONZÁLEZ, Universidad de Málaga; PATRICIA BENAVIDES VELASCO, Universidad de Málaga; ROCÍO CARO GÁNDARA, Universidad de Málaga; BELÉN CASADO CASADO, Universidad de Málaga; M^a DEL PILAR CASTRO LÓPEZ, Universidad de Málaga; ELISA GARCÍA LUQUE, Universidad de Málaga; M^a ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO, Universidad de Málaga; ISABEL GONZÁLEZ RÍOS, Universidad de Málaga; MIGUEL GUTIÉRREZ BENGOCHEA, Universidad de Málaga; M^a ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA, Universidad de Málaga; MABEL LÓPEZ GARCÍA, Universidad de Málaga; M^a BELÉN MALAVÉ OSUNA, Universidad de Málaga; ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, Universidad de Málaga; PATRICIA ZAMBRANA MORAL, Universidad de Málaga; M^a REMEDIOS ZAMORA ROSELLÓ, Universidad de Málaga.

Comité científico

Comité científico nacional

JOSE CALVO GONZÁLEZ, Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga; ANA CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Málaga; JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga; JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO, Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Málaga; JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide; ROSA QUESADA SEGURA, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga; ÁNGEL RODRÍGUEZ VERGARA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga; ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga; JOSÉ M^a SOUVIRON MORENILLA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga. ÁNGEL VALENCIA SAIZ, Catedrático de Ciencia Política, Universidad de Málaga; DIEGO J. VERA JURADO, Universidad de Málaga.

Comité científico internacional

MACIEJ BARCZEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Gdansk (Polonia); CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES, Profesor Asistente del Departamento de Derecho, Universidad de Grama (Cuba); MARIBEL CANTO-LÓPEZ Lecturer in Law, University of Leicester (United Kingdom); VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS, Catedrática de Derecho Público, Universidad Paris X-Nanterre (Francia); PAULO FERREIRA DA CUNHA, Catedrático y Director del Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Facultad de Derecho, Universidad de Oporto (Portugal); NICOLA GULLO, Profesor de Derecho Administrativo, Università degli Studi di Palermo (Italia); ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Profesor Emérito, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (Chile); GABOR HAMZA, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Romano, Universidad Eötrös Loránd, Budapest (Hungría); KAZIMIERZ LANKOSZ, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Jagellónica, Cracovia (Polonia); BJARNE MELKEVIK, Catedrático de Metodología Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Laval, Québec (Canadá); HENRI R. PALLARD, Catedrático de Filosofía y Teoría del Medio, Universidad Laurentiana, Sudbury, Ontario (Canadá); LUCIO PEGORARO, Catedrático de Derecho Comparado, Universidad de Bolonia (Italia); GEORGE PENCHEV, Catedrático de Derecho Administrativo y del Medio Ambiente, Universidad de Plovdiv (Bulgaria); SUZANA TAVARES DA SILVA, Profesora de Derecho, Universidade de Coimbra (Portugal); HARRY E. VANDEN, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, University of South Florida, Tampa, (Estados Unidos); TADEUSZ WASILEWSKI, Catedrático de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Administración, Nicholaus Copernicus University, Torun (Polonia).

Presentación al núm. 21

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ	9
------------------------------------	---

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

Innovar enseñando: la educación del futuro. Las TICs como factor motivador en la enseñanza ELENA LARO GONZÁLEZ	11
--	----

La plataforma digital «ludoteca jurídica»: una apuesta por la «gamificación» en Derecho VÍCTOR BASTANTE GRANELL Y LUCÍA MORENO GARCÍA	25
---	----

La base de datos de resoluciones de consultas tributarias como herramienta de innovación docente NORBERTO MIRAS MARÍN	45
---	----

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

El enfoque relacional como metodología de análisis en el Derecho del trabajo: el expediente de inclusión frente a la discriminación laboral JOSÉ LUIS RUÍZ SANTAMARÍA	55
---	----

Estudio del acoso escolar y la responsabilidad penal de los menores al hilo de la película «Bullying»: un aprendizaje del Derecho penal de menores a través del cine ALMUDENA VALIÑO CES	79
--	----

La capacitación del técnico en prevención de riesgos laborales en relación a la educación y formación como indicador de la cultura preventiva TOMÁS GARCÍA ARANDA	99
---	----

La Declaración Unilateral de Independencia del Parlamento de Cataluña en relación con la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo: una perspectiva no solo constitucional ANDRÉS TORRES FONSECA	123
--	-----

Pacto de reserva de dominio y enajenación a tercero ALEJANDRO ARAGÓN PARÍS	145
--	-----

RESEÑAS

RECENSIÓN DE GÓMEZ SALADO, M.A., <i>El absentismo laboral como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores</i> , Comares, Granada, 2019, 248 pp. por JOSÉ LUIS RUÍZ SANTAMARÍA	171
---	-----

RECENSIÓN DE RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., <i>Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes</i> , Aranzadi, Navarra, 2019, 291 pp. por ALBERTO ESPAÑA PÉREZ	173
--	-----

RECENSIÓN DE RUÍZ SANTAMARÍA, J.L., <i>Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad</i> , Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 230 pp. por MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO	179
--	-----

Presentación al número 21

Tenemos el placer de presentarles el N° 21 de la REJIE, Nueva época. En este número se han publicado un total de 8 artículos y 3 reseñas.

En el bloque sobre innovación docente, el primer artículo está firmado por la profesora Elena Laro González, de la Universidad de Sevilla. Bajo el título “Innovar enseñando: la educación del futuro. Las TICs como factor motivador en la enseñanza“, la autora pone a disposición de los docentes una completa información sobre los recursos tecnológicos que se pueden incorporar al proceso de enseñanza en materias jurídicas, utilizando las aplicaciones que habitualmente se manejan en los dispositivos tecnológicos, especialmente “Google for education”.

El segundo artículo lleva la firma de los profesores Víctor Bastante Granell y Lucía Moreno García, profesores de la Universidad de Almería. En su estudio nos presentan la plataforma digital “Ludoteca Jurídica” como resultado de un proyecto de innovación en el que se apuesta por la “gamificación”, es decir, la aplicación de elementos y técnicas propias de los juegos en entornos o ambientes no lúdicos, como metodología complementaria en la enseñanza de disciplinas jurídicas. Resulta especialmente interesante la presentación que hacen de las fichas educativas de juegos (denominación, instrucciones y objetivos) que se han puesto en práctica en la ludoteca jurídica.

El tercer y último artículo del bloque de innovación, ha sido elaborado por Norberto Miras Marín, profesor de la Universidad de Murcia. En él se analiza el uso de la base de datos de resoluciones de consultas tributarias de la Dirección General de Tributos (DGT) como herramienta práctica para que los alumnos potencien sus destrezas en la utilización de bases de datos y para que los profesores introduzcan casos concretos aplicables a la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario que permitan conocer el criterio de la DGT sobre las normas aplicables.

El bloque dedicado a la investigación sustantiva se inicia con el estudio de José Luis Ruiz Santamaría, profesor de la Universidad de Málaga, que tras presentar el concepto de justicia social y su repercusión en las relaciones de trabajo, se centra en la aplicación del enfoque de justicia relacional, como metodología de análisis aplicada en el contexto específico del Derecho del trabajo, poniendo especial atención en el estudio de situaciones de desigualdad y/o discriminación, de determinados colectivos por razones de discapacidad, edad o sexo, entre otras.

El segundo de los artículos lo firma la profesora Almudena Valiño Ces, de la Universidad de Santiago de Compostela y en él estudia y profundiza en las situaciones de acoso escolar y en la responsabilidad penal de los menores que participan en estas conductas. La reflexión de la autora viene acompañada de la experiencia del visionado de la película “Bullying” como recurso didáctico para motivar al alumnado en el análisis de esta materia.

El tercero de los artículos lleva por título “La capacitación del técnico en prevención de riesgos laborales en relación a la educación y formación como indicador de la cultura preventiva” y ha sido realizado por Tomás García Aranda, doctorando en Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Málaga. El autor tras analizar el régimen jurídico del técnico de prevención, reflexiona sobre la necesidad de incluir esta formación en todos los niveles del

sistema educativo para facilitar la consolidación de la cultura de la prevención no sólo en el entorno laboral, sino también en el imaginario colectivo,

El cuarto de los artículos lo presenta Andrés Torres Fonseca, doctorando en Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Málaga. El autor analiza si la Declaración Unilateral de Independencia aprobada por el Parlament de Cataluña el 27 de octubre de 2017 puede ser aceptada bajo el derecho constitucional. Con esa intención, la relaciona con la DUI efectuada por la Asamblea de Kosovo en 2008 y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia que no prohibiría la DUI desde el derecho internacional. La relación entre derecho constitucional y derecho internacional público es constante en este artículo, profundizando en la oportuna distinción de tratar la autodeterminación desde el derecho internacional y la secesión bajo la perspectiva del derecho constitucional.

El quinto y último artículo del bloque de investigación sustantiva versa sobre el pacto de reserva de dominio y su enajenación a un tercero. El autor, Alejandro Aragón París, becario de iniciación a la investigación de la Universidad de Málaga, presenta esta institución como una figura en auge y con notable presencia debido a la generalización de las compraventas con precio aplazado. El trabajo analiza las facultades de disposición sobre el bien objeto de reserva de dominio cuando no se ha completado el pago del precio, de ahí que el autor se centre en el estudio de las distintas situaciones en que se enajena un bien sobre el cual se pactó una reserva de dominio para determinar, si afecta, o no, al tercer adquirente.

El número se cierra con tres reseñas. En la primera de ellas, José Luis Ruiz Santamaría recensiona el libro elaborado por Miguel Ángel Gómez Salado titulado “El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores”, publicado en 2019 por la editorial Comares. En la segunda reseña, Alberto España Pérez presenta la monografía de la profesora Susana Rodríguez Escanciano que lleva por título “Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes” y ha sido recientemente publicada en 2019 en la editorial Thomson Reuters Aranzadi. En la tercera reseña, Miguel Ángel Gómez Salado recensiona el libro elaborado por José Luis Ruiz Santamaría titulado “Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad”, publicado en 2019 por la editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Esperamos que la Revista siga siendo provechosa como herramienta para compartir experiencias de innovación educativa y para tener conocimiento y estar al día de cuestiones actuales de las distintas disciplinas jurídicas.

Carmen María Ávila Rodríguez

Subdirectora académica de la REJIE, Nueva época.

Innovación educativa y metodologías docentes

INNOVAR ENSEÑANDO: LA EDUCACION DEL FUTURO. LAS TICS COMO FACTOR MOTIVADOR EN LA ENSEÑANZA¹

Innovate teaching: the education of the future. TIC's as a motivating factor in teaching

Recibido: 21 de mayo de 2019
Aceptado: 31 de octubre de 2019

Elena Laro González
Departamento Derecho Procesal
mlaro@us.es
Universidad de Sevilla

“La innovación es lo que distingue al Líder de sus seguidores.”
Steve Jobs

RESUMEN

Este estudio se basa en el análisis de las distintas herramientas tecnológicas que el profesorado tiene a su disposición. Conforme a los datos estadísticos sobre el consumo de internet, las redes sociales y las aplicaciones más utilizadas por los usuarios, el objetivo de la investigación se centra en poner a disposición del docente la información necesaria sobre los recursos tecnológicos que el profesorado tiene a su alcance en un solo click, así como los que pueden incorporar a su proceso de enseñanza utilizando las aplicaciones que habitualmente manejan en sus dispositivos (móviles, ordenadores y tablets) y, con ello, favorecer y motivar tanto a profesores como alumnos en el uso de herramientas específicas para mejorar la calidad de la enseñanza. Por un lado, la información sobre recursos tecnológicos disponibles para el profesorado se presume vital, dada la rápida y continua innovación tecnológica; y por otro, la falta de tiempo material de que dispone el profesorado para dedicarlo a estos fines, sin olvidar, elementos como la tecnofobia, barrera que hay que romper de forma pacífica para reducir la brecha digital en la docencia y visualizar los procesos tecnológicos como aliados del docente.

PALABRAS CLAVES:

Innovación, educación, TICs, aprendizaje, comunicación.

¹ Con ocasión de la realización del presente estudio, quiero mostrar mi agradecimiento a J.A. Domínguez Iglesias por su inestimable ayuda cada vez que la requiero, así como por su colaboración técnica en la elaboración del presente trabajo. Igualmente, no quiero desaprovechar la oportunidad para agradecer a mi maestra, la Profa. González Cano, por el constante apoyo que me brinda.

ABSTRACT

This research is based on the analysis of the different technological tools that the teacher has at their disposal. According to statistical data on internet consumption, social networks and the applications most used by users, the objective of the research is focused on making available to the teacher the necessary information about the technological resources that teachers have at their disposal in a single click, as well as what I can incorporate into their teaching process using the applications that we usually use on their devices (mobile phones, computers and tablets) and, with this, encourage and motivate both teachers and students in the use of specific tools to improve the quality of teaching. On the one hand, information on technological resources available to teachers is presumed vital, given the rapid and continuous technological innovation; and on the other, the lack of material time available to teachers to devote to these purposes, without forgetting elements such as technophobia as a barrier that must be broken peacefully to reduce the digital divide in teaching and to visualize technological processes as an ally of the teacher.

KEYWORDS:

Innovation, education, TICs, learning, communication.

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología. 2.1. Objetivo. 3. Análisis y resultados. 3.1. Herramientas a disposición del sistema educativo. 3.2. Criterios y requisitos que deben contener las herramientas dedicadas a la docencia. 3.3. Plataformas sociales educativas disponibles de acceso gratuito. 3.4. «Google for Education» como herramienta al servicio de la educación. 3.5. Aplicaciones prácticas sobre el uso de las herramientas de «Google for Education». 3.5.1. Gestión automatizada de inscripciones a un evento. 3.5.2. Gestión automatizada de un test autoevaluable. 3.6. Las TICs como elemento motivador del alumnado. 4. Discusiones y resultados. Bibliografía.

1. Introducción.

Hoy en día tenemos asumido el papel de la tecnología digital y la evolución de las comunicaciones en el desarrollo de nuestra sociedad, así como el uso que hacemos las personas que habitamos en ella, pues forman parte de nuestro entorno. La simbiosis entre las personas y las TICs favorece constantemente el desarrollo, conocimiento, aprendizaje o la forma de comunicarse, entre otras cuestiones. Por ello, asumimos que las TICs conviven con la persona, forma parte de ella, favorece la creación de nuevas oportunidades, generan nuevas necesidades, nuevos hábitos de comportamiento, de consumo y propician cambios sociales y generacionales.

En este paradigma de transformación digital, los servicios educativos no escapan de su alcance, pues los centros docentes y el profesorado deben adaptarse, mejorar sus conocimientos y aptitudes para hacer frente a esta realidad, ponerlas a disposición del sistema educativo e implementarlas, bien como instrumento de apoyo, o como complemento a la educación ordinaria, para mejorar la eficiencia y la eficacia del sistema educativo, clave en esta era digital para el desarrollo de la sociedad del futuro².

Conviene reseñar que los datos publicados por "Digital in 2019 España", elaborado por *We Are Social* junto con *Hootsuite*, sobre el acceso a internet, nos confirman la realidad actual y nos marcan la ineludible tendencia de esta nueva era. Así pues, en solo un año se ha incrementado el acceso a internet en 4 millones de españoles, llegando a la cifra de 43 millones con acceso a internet –93% de la población total–. Además, teniendo en cuenta que la población total en España es 47 millones, hay 54 millones de líneas móviles –un 117% de la población total–. Así, según el estudio «*Riesgos y usos problemáticos de Internet en adolescentes*», de la Universidad Internacional de Valencia, asegura que el 83% de los adolescentes de trece años, y el 94% de los adolescentes con quince años, poseen un móvil para uso particular, sin que deje de llamar la atención que el 25% de los menores de diez años tienen un teléfono móvil³.

² Colás Bravo, M.P., De Pablos Pons, J. y Ballesta Pagán, J. (2018). "Incidencia de las TIC en la enseñanza en el sistema educativo español: una revisión de la investigación". *Revista de Educación a Distancia*, núm. 56, artc. 2, 1-23; De Prada García, A. (2017). "Concepto de derecho y ciencias jurídicas: una propuesta de transformación en la docencia del derecho". En Miró Llinares, F. y Pérez Juan, J.A. (Dir.) *Innovación Docente y Ciencia Jurídica*. Navarra: Aranzadi; García Medina, J. y otros (2008). "Reflexión sobre el papel de las TICs en la innovación metodológica de los estudios de Derecho". En Guilarte Martín-Calero, C., *Innovación docente: Docencia y TICs* (pp. 209-220). Universidad de Valladolid; Esteve, F. (2009). "Bolonía y las TIC: de la docencia 1.0 al aprendizaje 2.0". *La Cuestión Universitaria*, núm. 5, 58-67.

³ Villanueva Blasco, V.J. (2018). *Riesgos y usos problemáticos de Internet en adolescentes, Informe VIU*. Universidad Internacional de Valencia, pp. 1-18; Sánchez Pardo, L., Crespo Herrador, G., Aguilar Moya, R., Bueno Cañigral, F.J., Aleixandre Benavent, R., Valderrama Zurián, J.C (2015). "Los adolescentes y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)". *Guía para padres. Ayudándoles a evitar riesgos*, 1-49.

Ahora bien, este escenario, que si bien puede suponer una debilidad al tener que romper con la brecha digital docente, se ofrece como una oportunidad en el ámbito educativo – centros, profesorado y alumnado– y aquí es donde se centra el presente trabajo, el cual pretende facilitar esa transición al mundo digital del profesional docente, romper barreras tecnológicas y acercar, de forma pacífica y amena, las herramientas que las TICs ponen a nuestra disposición, conocerlas, ver su utilidad y su aplicación y, en algún caso, conocer su funcionamiento.

2. Metodología.

2.1. Objetivo.

La educación y el sistema educativo son una pieza crucial para el desarrollo del ser humano y de la sociedad del futuro, que si se combina con las TICs va a permitir mejorar la calidad de la enseñanza y aumentar la accesibilidad a la educación de las personas con capacidades diferentes⁴. Esto se presenta como un reto constante de todos, el cual debemos afrontar desde el ámbito docente.

En ese esfuerzo constante por ofrecer mejoras en el sistema educativo juega un papel esencial las nuevas tecnologías orientadas al profesorado. En efecto, tanto los centros como los profesionales hacen uso de ellas como instrumento al servicio de la docencia, pero también es cierto que existen muchos centros educativos que no las utilizan, o las utilizan en un grado de implantación mínimo, como consecuencia de los siguientes motivos:

- por fobia a enfrentarse al tedioso muro digital,
- por reticencias al esfuerzo que supone el aprendizaje de materias nuevas o de enfrentarse a lo desconocido,
- por desconocimiento de la materia, tanto del profesorado como de los responsables de los centros,
- por la falta de planes de formación o planes de impulso específico de las TICs en la docencia, por parte de los máximos órganos competentes en educación,
- por los riesgos que conlleva el tener que enfrentarse a implantar el uso de alguna herramienta informática para resolver algún problema⁵.

En definitiva, la brecha digital en la docencia, en el uso específico de aplicaciones diseñadas para este fin, deriva de estos motivos en algunos de los casos. A ello, tenemos que sumarle la rápida evolución tecnológica y los cambios producidos en los últimos diez años, que propician que el docente pierda el contacto con la evolución de las TICs orientadas a su actividad⁶. Por otro lado, tenemos que resaltar el contraste con el perfil

⁴ Ferro Soto, C. y Otros (2009). “Ventajas del uso de las TICs en el proceso de enseñanza-aprendizaje desde la óptica de los docentes universitarios españoles”. *Revista electrónica de tecnología educativa*, núm. 29, 1-11.

⁵ González Pérez, A. y De Pablos Pons, J. (2015). “Factores que dificultan la integración de las TIC en las aulas”. *Revista de Investigación Educativa*, 33 (2), 401-417; Valdés Cuervo, Á. A., Angulo Armenta, J., Urías Martínez, M. L., García López, R. I., Mortis Lozoya, S. V. (2011). “Necesidades de capacitación de docentes de educación básica en el uso de las TIC”. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, 39, 211-223.

⁶ Viñals Blanco, A. y Cuenca Amigo, J. (2016). “El rol del docente en la era digital”. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Vol. 30, núm.2, p. 109. Respecto al cambio que ha producido las TICs en la forma de aprender como en la necesaria adaptación de la forma de enseñar, argumentan los autores que algunos docentes, por iniciativa propia, han decidido renovarse, mientras que “son también muchas las reacciones contrarias que han provocado que exista un rechazo ante estos cambios motivados por la tecnologización de la vida y las escuelas”.

del alumnado actual, un nativo digital, nacido en la era digital y consumidor natural de tecnología⁷.

Sin embargo, el uso de dispositivos digitales –ordenadores, portátiles, móviles, tablets– y el uso de aplicaciones como el navegador de internet –Google Chrome, Internet Explorer, Mozilla, Safari, etc.–, el correo electrónico –gmail, yahoo, outlook, etc.–, la visualización o edición de documentos –pdf, doc, excel, powerpoint, audio, video, etc.–, aplicaciones de mensajería, redes sociales, etc., son aplicaciones que el profesor y el alumnado utilizan de forma habitual, resultando amenas en mayor o menor medida⁸.

La metodología utilizada parte de esta premisa, es decir, utilizar los dispositivos de uso común y las aplicaciones habituales que usan el profesorado y el alumnado, las cuales no supongan ninguna inversión o adaptación alguna, agruparlas en una herramienta específica y darle una funcionalidad orientada al profesorado y, que a su vez, resulte accesible al alumnado.

Partimos de las costumbres habituales de los usuarios de internet y de las aplicaciones utilizadas para comprobar qué herramientas existen en el mercado capaz de dar solución a las necesidades del profesorado en base al criterio anterior, comprobar el grado de implantación en el mercado y su éxito, así como ofrecer información, en estos términos, al profesorado o responsable de los centros educativos, información que le ayude en el uso de nuevas tecnologías y lo motive en su incorporación al proceso de enseñanza como un instrumento al servicio del profesorado.

La fuente utilizada para esta investigación ha sido obtenida de los datos estadísticos sobre el uso de internet, su caracterización, hábitos de uso, aplicaciones y redes sociales más utilizadas por los usuarios de internet y el análisis de las herramientas existentes en el mercado, de acceso gratuito, libre de publicidad, orientadas al sector de la educación y que puestas a disposición del profesorado puedan fortalecer y mejorar la calidad.

3. Análisis y resultados.

Vamos a presentar los resultados del análisis de los recursos disponibles para el sistema educativo: (3.1) Herramientas a disposición del sistema educativo. (3.2) Criterios y requisitos que deben contener las herramientas dedicadas a docencia. (3.3) Plataformas sociales educativas disponibles de acceso gratuito. (3.4) «Google for Education» como herramienta al servicio de la educación. (3.5) Aplicaciones prácticas sobre el uso de las herramientas de «Google for Education». (3.5.1) Gestión automatizada de inscripciones a un evento. (3.5.2) Gestión automatizada de un test autoevaluable. (3.6) Las TICs como elemento motivador del alumnado.

3.1. Herramientas a disposición del sistema educativo.

La clave del éxito del uso de las TICs en el sistema educativo radica en la implicación por parte del profesorado pues, entre otras cosas, es la pieza fundamental para que la

⁷ Sobre la competencia para la búsqueda y selección de información por parte de los nativos digitales, *Vid.* López-Flamarique, M., Garro, E., & Egaña, T. (2019). “La lectura digital en un aula de Secundaria: prácticas reales y dificultades del alumnado”. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, 55, 99-116.

⁸ Bonet Navarro, J. “Tutoriales para la docencia del Derecho Procesal Penal. Un ejemplo de introducción de nuevas tecnologías en la docencia”. En García Añón, J.(Ed.), *Miradas a la innovación: experiencias de innovación en la docencia del Derecho* (pp. 146-153). Servei de Formació Permanent, Universitat de València.

realidad tecnológica existente en la actualidad forme parte de la docencia, sea un instrumento al servicio del centro, del profesorado y del alumnado⁹.

El profesorado debe visualizar a grandes rasgos los recursos que tiene a su disposición, qué es lo que existe, saber cuáles son las necesidades que tiene, cuáles son las ventajas y las distintas aplicaciones y, por último, cómo implementarla. Esto nos servirá de ayuda para la creación de los contenidos y materiales digitales, de manera que la identificación de los recursos disponibles y la idoneidad de los mismos incidirán en el proceso de aprendizaje. Igualmente, estos contenidos nos servirán como elementos para mantener la motivación del alumnado¹⁰.

3.2. Criterios y requisitos que deben contener las herramientas dedicadas a la docencia.

Acercar las TICs al ámbito educativo debe hacerse de forma pacífica y sencilla, así como lo más fácil posible para el profesorado y el alumnado y, por ello, exige buscar soluciones que permitan que el método utilizado para su integración sea abierto, sencillo y que use herramientas de uso común para el profesorado y el alumnado.

Para buscar una herramienta eficaz, debemos establecer qué requisitos son los que necesitamos, o los que, en un escenario ideal, serían los más idóneos o necesarios. Así, entendemos que la relación de criterios y requisitos que debería cumplir una herramienta eficaz podría ser:

- Que se utilicen dispositivos accesibles para todos –móviles, portátiles, tablets–.
- Que sea compatible con los distintos sistemas operativos –android, windows, iOs, etc.– y de la arquitectura que utilicen.
- Que el sistema de comunicaciones esté basado en internet.
- Que los servicios de internet utilizados sean accesibles desde cualquier lugar, con independencia del dispositivo.
- Que la solución de la herramienta esté específicamente enfocada a resolver las tareas del docente, así como que sea accesible y ameno tanto para el profesorado como para el alumnado.
- Que se desenvuelva en un entorno colaborativo, es decir, que permita colaborar a un grupo de personas sobre un mismo documento –texto, hojas de cálculo, presentaciones, dibujos, o notas–.
- Que permita interactuar en tiempo real independientemente del dispositivo –móvil, ordenador, portátil o tablet–.
- Que utilice herramientas para el manejo de documentos desde el servidor, o directamente desde la nube, sin que tenga que instalarse previamente ninguna aplicación especial en tu ordenador, y que sean compatibles con los estándares del mercado –word, excel, pdf, etc–.
- Que, siempre en un entorno colaborativo, permita organizar tareas, compartir calendarios, horarios, automatizar eventos, clases, cursos, deberes, crear grupos de alumnos y generar temas de discusión, blogs, sindicación (lectores de noticias), planificar clases, realizar exámenes, encuestas, autotest, autoevaluarlos, vídeos en

⁹ Salinas, J. (2004). “Innovación docente y uso de las TIC en la enseñanza universitaria”. *Revista Universidad y Sociedad del Conocimiento*, Vol. 1- nº 1, 1-16. Considera el autor que el impacto de las TICs “conducen irremediamente a plantear un cambio de rol del profesor, de la función que desempeña en el sistema de enseñanza-aprendizaje en el contexto de la educación superior”. Igualmente, también se plantea este cambio de rol en el alumno.

¹⁰ Moya López, M. (2013). “De las TICs a las TACs: la importancia de crear contenidos educativos digitales”. *Revista Didáctica, Innovación y multimedia*, núm. 27, 1-15.

grupo, chats en grupo, controlar dispositivos de una clase –videoprojector, pizarra electrónica, pantallas, etc.–.

- Que todo se realice de forma segura y eficiente.
- Que la implantación sea fácil y de acceso gratuito para el alumnado, profesorado y centro educativo, así como que conlleve el menor coste posible.

En resumen, se trata de identificar el conjunto de elementos, criterios y características que deben contener estas herramientas que, una vez a disposición del centro, del profesorado, o del alumnado, sean capaz de resolver un problema, o bien fortalecer o servir de instrumento de mejora al profesorado. Por tanto, supone la necesidad de asumirlo como un elemento positivo en la enseñanza, que contribuya a reducir la brecha digital en la docencia¹¹.

3.3. Plataformas sociales educativas disponibles de acceso gratuito.

Las herramientas disponibles de acceso gratuito son Edmodo y Google Classroom (de G Suite for Education o «**Google for Education**»). **Edmodo** es una red social basada en el microblogging y utiliza los servicios de google apps –drive– y de microsoft –one Note y Office–, para dar servicio colaborativo, que implicaría tener una parte instalada en local. Y, por otro lado, **Google Classroom**, que es una red social educativa que utiliza sus propias herramientas para resolver el problema.

En definitiva, atendiendo a los criterios y requisitos establecidos en el punto anterior, parece que Google Classroom es la herramienta más completa y, por ello, en el presente trabajo vamos a centrarnos en esta red social.

De otro modo, también existe implementada en otros centros educativos la herramienta **Flipped Classroom**, o el método de la clase invertida, pero se sale del objeto de este análisis al no permitir el uso colaborativo de documentos¹².

Este documento no pretende servir de manual de uso de ninguna herramienta, pero sí poner a disposición del docente la información necesaria para que pueda visualizar las posibilidades que tiene a su alcance, que pueda evaluar rápidamente su implementación y las opciones de mejora, que resulte útil al centro educativo, pero principalmente al profesorado. En definitiva, que sirva de impulso y motivación para implementar el uso de herramientas tecnológicas docentes en el proceso de enseñanza.

3.4. «Google for Education» como herramienta al servicio de la educación.

Google ofrece todo su entorno colaborativo para resolver las necesidades del ámbito educativo, tanto del profesorado como del alumnado, y lo hace agrupando todas sus aplicaciones de acceso gratuito desde internet. Según se detalla a continuación, estas aplicaciones se sitúan en el ranking de las más utilizadas:

- **Chrome**, navegador web.
- **Youtube**, permite compartir videos en la web.
- **Gmail**, gestor de correo electrónico.
- **Drive**, para el almacenamiento en la nube de archivos.

¹¹ Chumpitaz Campos, L. (2007). “La formación de docentes de educación básica en el uso educativo de las TIC y la reducción de la brecha digital”. *Revista Educación*, Vol. 16, núm. 31, p. 34. En este sentido, se expone que “*el equipamiento de las escuelas y la preparación docente deben ir de la mano para poder superar estas dificultades y así eliminar la brecha digital existente*”.

¹² Soto Moya, M.M. (2018). “Flipped Classroom y Derecho Financiero: un binomio necesario”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, nº 18, pp. 31-42.

- **Calendar**, para crear y compartir calendarios con seguimiento de horarios¹³.
- **Doc, Hojas de Cálculo de Google, Presentaciones de Google**, para gestionar documentos colaborativos, accesible desde la aplicación de google Drive.
- **Forms**, para crear formularios de respuestas a encuestas, solicitudes, test, o autoevaluaciones.
- **Keep**, permite organizar la información personal a través de archivos de notas.
- **Taks**, integrada con Gmail y Calendar, permite gestionar y asignar tareas.
- **Apps Script**, entorno de desarrollo de google.
- **Sites**, permite la creación de sitios webs.
- **Groups**, permite agrupar personas para crear un entorno de discusión sobre un tema, un grupo de noticias sobre un tema específico, un foro de clase para fomentar la comunicación sobre un asunto, compartir información o gestionar la colaboración grupal en torno a un documento, un calendario, una clase o una tarea.
- **Voice**, permite realizar llamadas, enviar mensajes de texto desde el navegador web entre las personas de la organización o un grupo específico. Actualmente solo disponible en EEUU.
- **Hangouts Meet**, utiliza las videollamadas y los mensajes seguros para conectar al profesorado con los alumnos, con un grupo, o un foro específico.
- **Maps**, es un servicio de google dedicado a facilitar mapas desplazables y georeferenciar los elementos del mapa.

Todo este conjunto de aplicaciones, «**Google for education**» las integra con herramientas específicas para la educación, que a modo resumen, son:

- **Classroom**, herramienta básica que permite crear aulas virtuales, clases, agregar alumnos y/o subdivisiones de ellos, añadir tareas, deberes, agregar documentos, audios, fotos, videos, crear encuestas, evaluaciones, y todo de forma colaborativa. Es una herramienta orientada a ayudar a profesorado y alumnado.
- **Jamboard**, esta herramienta permite crear una pizarra inteligente basada en la nube, desde un ordenador, un móvil o tablet; es interactiva y permite conectar a una clase o grupo de alumnos e interactuar con ellos.
- **Vault**, para gestionar la información de los documentos almacenados en Drive, correo electrónico, Grupos, Hadgouts, Chat, así como su seguridad y reglas específicas de comportamiento.
- **Kit para cursos**, son herramientas gratuitas que permiten a los educadores aumentar la productividad de Classroom, gestionando documentos desde un mismo lugar, calificarlos y administrarlos.

La base principal de «**Google for education**» es **Classroom**, que es la que conecta con el resto de aplicaciones. No obstante, siguiendo la filosofía de Google, permite aumentar la funcionalidad de **Classroom** conectando aplicaciones específicas, nuevas funciones, que la dotan mayor potencia y versatilidad, como por ejemplo:

- **Classcraft**, integran en **Classroom** opciones divertidas para crear deberes a modo de misiones. Pretende, según la edad, motivar al alumnado haciendo la realización de deberes.
- **Pear Deck**, crea un menú de opciones que permite conectar todos los dispositivos de la sala de una clase.

¹³ Carrizo Aguado, D. y Alonso García, M.N. (2018). “Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, núm. 19, 11-23.

- **Quizizz**, crea opciones para realizar evaluaciones formativas de forma divertida. Pretende captar el interés del alumno.
- **Tynker**, proporciona distintas opciones para crear cursos y/o planes formativos en diversas materias para ayudar al profesor a implementar un programa específico.
- **Kami**, crea opciones que permiten al alumnado, mediante asignación de documentos, escribir anotaciones en archivos pdf.
- **Additio**, crea un conjunto de opciones que permiten la conectividad entre el alumnado y su familia.
- Y así, podemos encontrar una gran variedad de aplicaciones (apps) que se integran con **Classroom**, y que para el caso de no existir alguna funcionalidad específica, mediante las propias herramientas de desarrollo de google apps scrips, se podría construir, permitiendo así la posibilidad de adaptación a nuevas necesidades.

En la actualidad, según la información que aporta Google sobre el uso de «**Google for education**» son "70 millones de educadores y alumnos los que utilizan *G Suite for Education*" en todo el mundo, este dato nos da la dimensión de esta herramienta puesta al servicio de la docencia, la cual ofrece un abanico de oportunidades a los centros educativos y al profesorado, lo suficientemente atractivas e interesantes como para abordar la barrera tecnológica del personal docente, superar esta realidad e incorporar las nuevas tecnologías al servicio de la docencia de forma integral en todo el sistema educativo.

3.5. Aplicaciones prácticas sobre el uso de las herramientas de «Google for Education».

Aunque queda fuera del objeto de este estudio el servir de guía de uso de la herramienta informática en cuestión, sí es necesario abordar las distintas aplicaciones o posibilidades por el que su uso permite resolver situaciones habituales del profesorado y, así, poder visualizar la dimensión o posibilidades a su alcance.

La versatilidad y potencia de «**Google for Education**» está en la capacidad de gestionar un conjunto de aplicaciones dentro de una herramienta específica, **Classroom**, o bien utilizar las aplicaciones de forma individual, interactuar entre ellas, así como resolver un problema concreto que, aunque esté asociado al ámbito de su actividad docente, no tenga iteración con la clase, o los deberes, exámenes o tareas típicas de **Classroom**, como por ejemplo:

- Crear un documento para definir las actividades a desarrollar, por ejemplo, el día internacional de la educación, compartirla con las personas que vayan a intervenir y trabajar de forma conjunta en tiempo real, chatear sobre el documento activo con las personas que estén participando en ese momento.
- Crear un documento con la convocatoria y orden del día para una reunión – v.gr. Junta de Facultad, Consejo de Departamento, etc.–, definir un grupo con los integrantes, convocarlos mediante el correo y el Calendario con la ubicación del sitio, avisar o recordarles el evento mediante correo o sms con la antelación que se estime, adjuntarles la documentación en la convocatoria o compartirla mediante una carpeta; y si fuese un evento de varios días, compartir un calendario específico para ese evento con el horario, documentos y la información precisa.
- Programar la recepción de noticias específicas sobre temas de interés y recibirlas en el correo o distribuirlas entre un grupo de personas.
- Crear un grupo de personas para la discusión sobre asunto concreto.

- Gestionar mediante el Calendario las tareas y asuntos personales del profesorado, del departamento y compartirlo con los integrantes o con la persona responsable de la secretaría.
- Gestionar mediante un archivo de hoja de cálculo y un formulario la correspondencia diaria, clasificarla o caracterizarla en el formulario, adjuntar los documentos, almacenarlos en la nube mediante Drive y/o notificarlo mediante Gmail a las personas afectadas según la materia.
- Gestionar tareas, notas o recordatorios y/o compartirlos.

3.5.1. Gestión automatizada de inscripciones a un evento.

No obstante, también forma parte de la actividad docente la gestión de eventos – tales como congresos, seminarios, ponencias, etc.– que conlleva un tratamiento especial, requiere el control de los asistentes, del aforo, de los plazos, de la existencia de un programa, de un calendario, de un horario, una documentación concreta, y un feedback entre el que gestiona el evento y el interesado en asistir.

Por ello, se trata de automatizar todo este proceso mediante la utilización de un formulario de solicitud de inscripción donde el interesado ingrese sus datos académicos y correo electrónico, conectándose, así, el formulario a una hoja de cálculo que recibe los datos del solicitante. De forma básica, la propia configuración del formulario permite definir un correo de respuesta. De esta manera se obtendrían los datos de los solicitantes de forma automatizada, para luego, poder gestionar las credenciales, las carpetas, las listas de asistentes o los grupos que se entienda necesario.

No obstante, si se precisa de un control distinto o una acción determinada, la propia hoja de cálculo que recibe los datos se puede conectar con la «apps scripts de google» para que cuando reciba los datos del formulario active un evento y ejecute la acción que entendamos necesaria que, en nuestro caso, puede ser el remitir un correo electrónico personalizado al solicitante con toda la información del evento y adjuntarle el programa del congreso, seminario o la información que predeterminemos, siempre que se realice en el periodo que se indique. En otro caso, podría incluir un paso intermedio, de forma que la solicitud, presentada en plazo, podría enviarla a la dirección o responsable del evento para que éste la pueda admitir o inadmitir en base a unos criterios predefinidos, utilizando el mismo procedimiento, es decir, un formulario específico para la gestión de la admisión de la solicitud y una hoja de cálculo para controlar los datos.

Si bien es cierto que un control específico y personalizado requiere conocimiento de programación en javascript y dedicarle algo más de tiempo, también lo es que una vez gestionado un evento tendría resuelta la gestión de todos los eventos de esas mismas características y, por supuesto, sería perfectamente extrapolable a una clase, o a una gestión dentro de Classroom, pues sólo requiere poner el formulario a disposición de la clase.

En este orden de cosas, debemos poner de manifiesto que la creación de un formulario es sencilla, utilizando Google Drive –opción crear un formulario– y consiste en ir añadiendo al formulario los campos que debe rellenar el solicitante, que podrían ser tres campos de tipo texto para el Nombre y Apellidos, el DNI y el correo electrónico, que se marcarían como obligatorios, y un campo tipo Check Button para elegir entre presentación online o presencial, por ejemplo.

Al asociar el formulario a una hoja de cálculo, que se puede elegir entre crear una nueva o usar una existente, cada vez que algún solicitante envíe un formulario relleno, añadirá una fila a la hoja de cálculo, que contendrá cuatro columnas –predeterminadas

previamente en función de las necesidades que tengamos—, Nombre y Apellidos, el DNI, el email, y si la presentación se hará de forma online o presencial.

Los formularios también se pueden crear directamente desde la hoja de cálculo de google, desde el menú Herramientas, opción Crear Formulario, en este caso, se asocia directamente el formulario con la hoja de cálculo desde el que se ha creado.

Además, la hoja de cálculo de google es compatible con excel. Como diferencia respecto a las hojas de cálculo de OpenOffice (calc), o de Microsoft (xls), es interesante saber que además de las macros y de la potencia de utilizar un gestor de eventos desde «apps scripts» accesible desde el menú Herramientas, opción «< > editor de secuencias de comando», añade funciones propias como la gestión de consultas tipo SQL (QUERY) sobre los datos de la propia hoja, o funciones de traducción de idiomas (GOOGLETRANSLATE), detectar el lenguaje utilizado según el contenido (DETECTLANGUAGE), o funciones como la importación de datos desde páginas web (IMPORTHTML o IMPORTRANGE), etc.

3.5.2. Gestión automatizada de un test autoevaluable.

Un test es un formulario al que se le ha indicado cuál es el tipo de test que vamos a poner en práctica, lo que viene a determinar que van a existir varias respuestas para una pregunta, que se va a concretar cuál es la respuesta correcta, el valor de la pregunta y si hay o no mensaje para el caso de fallo y/o acierto.

Una vez finalizado el test, se autoevalúa y se puede enviar el resultado del test y, en la misma medida del epígrafe anterior, si se necesita alguna acción concreta, personalizada o especial, una vez que la hoja de cálculo reciba los datos del test, mediante «apps scripts» se puede programar una acción concreta.

El mecanismo para crear el formulario es igual de sencillo que el indicado en el epígrafe anterior, con la salvedad propia de la configuración específica de los formularios tipo test.

3.6. Las TICs como elemento motivador del alumnado.

La infinidad de recursos tecnológicos a disposición del profesorado pueden hacer que aumente el interés del alumnado por la asignatura, reduciendo las tasas de abandono y el absentismo. Con base en esto, podemos apoyarnos en las TICs para mantener e incrementar la motivación y, a su vez, conseguir un mayor grado de participación del alumnado¹⁴.

Sin embargo, el profesorado debe hacer un uso responsable y adecuado de las TICs, pues un mal uso puede producir un efecto contraproducente para la motivación e interés del alumnado. Así, consideramos que el uso de las TICs no conlleva implícitamente el aumento de la motivación. En este sentido, consideramos que en el incremento y mantenimiento de la motivación inciden directamente la creación de contenidos de fácil entendimiento, y que resulten interesantes para el destinatario de los mismos.

¹⁴ Ausín, V., Abella, V., Delgado, V. y Hortiguera, D. (2016). “Aprendizaje basado en Proyectos a través de las TIC. Una Experiencia de Innovación Docente desde las Aulas Universitarias”. *Revista Formación Universitaria*, Vol.9, núm. 3, 31-38.

Al respecto, conviene traer a colación el III Estudio sobre el uso de la tecnología en el aula, donde se pone de manifiesto la relación entre la motivación del alumno y el uso de la tecnología en el aula es alta –un 58,6%–¹⁵.

No debemos olvidar, que el objetivo de incrementar la motivación del alumno no es otro que incidir directamente en su capacidad de aprendizaje. Aunque, deben concurrir también otras capacidades como la atención o la memoria.

En efecto, no debemos perder de vista que resulta igualmente importante conseguir la motivación del alumnado, como mantener la misma en el tiempo, pues existen muchas probabilidades que la motivación sea mayor al inicio, cuando el alumno se enfrenta a lo desconocido y decaiga con el tiempo.

Además, el empleo de las TICs, no solo afecta a la motivación, sino que propicia que el alumnado sea más autónomo, que socialicen y aprendan a trabajar en equipo. Por tanto, el uso de las TICs contribuye al desarrollo de una serie de habilidades y capacidades por el alumno, las cuales le ayudarán a enfrentarse a la resolución de un problema tanto en el ámbito académico, laboral como personal¹⁶.

Por otro lado, y no menos importante, las TICs también deben actuar como efecto motivador en el profesorado. Sin embargo, en algunas ocasiones, la utilización de las TICs por el profesor puede ser un elemento desmotivador, cuando carecen de los conocimientos técnicos necesarios, cuando supone un esfuerzo adicional, o un aumento del tiempo de dedicación, etc.

No obstante, consideramos que la motivación del alumno también repercute en la mayor motivación del profesorado, por tanto, a mayor motivación del alumno mayor será el esfuerzo realizado por el profesor para el empleo de las TICs y así lograr la implicación del alumno en la asignatura.

Lo expuesto nos lleva a concluir que la introducción de las TICs en la enseñanza es una estrategia que debemos implementar, en aras de lograr el aprendizaje a través de la tecnología y conseguir un mayor grado de implicación del alumnado. Conjugando todos estos elementos, se logrará conseguir los resultados esperados y, por ende, la mejora del sistema educativo.

4. Discusiones y resultados.

El avance extraordinario de las nuevas tecnologías en muy corto espacio de tiempo y la imparable innovación tecnológica genera excesiva información, abundantes cambios en ingeniería, en robótica, en domótica, en inteligencia artificial, en seguridad y, ello, provoca la necesidad de adaptar las aplicaciones y herramientas a estos nuevos cambios, que a su vez implica que nos adaptemos a ellas para obtener mejoras.

Esta constante innovación tecnológica también afecta al campo de las herramientas que habitualmente utilizamos, tales como el reconocimiento de voz, adaptación a sistemas braille, teclados especiales, dictados, lectores de pantallas o lupas, los cuales son parte de estos avances que también lo incorpora, en este caso, «**Google for education**» y todas las

¹⁵ III Estudio sobre el uso de la tecnología en el aula. Informe de resultados. España y América Latina, junio 2017, Universidad Rey Juan Carlos, p. 21.

¹⁶ García-Valcárcel, A., Muñoz-Repiso, A. y Hernández Martín, A. (2012). “La metodología a metodología del aprendizaje colaborativo a través de las TIC: una aproximación a las opiniones de profesores y alumnos”. *Revista Complutense de Educación*, Vol. 23, nº 1, pp. 161-188; Heredia Sánchez, L. y Ortega Giménez, A. (2017). “La formación práctica en derecho: acercar al estudiante a los casos reales”. En Miró Llinares, F. y Pérez Juan, J.A. (Dir.). *Innovación Docente y Ciencia Jurídica*. Navarra: Aranzadi.

aplicaciones que se han descrito (Google Docs, Hojas de Cálculo, Notas, Calendario, etc.).

Esta evolución supone de por sí un esfuerzo adicional de los profesionales dedicados a las TICs y familiarizados con las nuevas tecnologías. No obstante, este esfuerzo es mucho mayor para los docentes que, en definitiva, son los que tienen la responsabilidad de aplicarla a su ámbito profesional y desplegarla en el entorno educativo, misión que resulta en la mayoría de los casos difícil de alcanzar, dadas las continuas y numerosas tareas que tiene que afrontar el personal docente en su quehacer diario, que impiden en muchas ocasiones el reciclaje o adquisición de nuevos conocimientos en materia tecnológica. En la actualidad, el profesorado además de asumir la carga lectiva dimanante de la falta de personal docente, también tiene que dedicar su tiempo de trabajo –y su propio tiempo libre– a tareas investigadoras, administrativas, etc., las cuales tienen que compatibilizarlas con la formación en nuevas materias que permitan impartir la docencia de una forma más colaborativa e incentivadora hacia el alumnado, esto es, tiene que hacer un esfuerzo más que notable para adaptarse a la realidad tecnológica desde el ámbito docente.

La falta de tiempo, o la falta de información, en muchas ocasiones son el principal problema que se encuentra el docente. De ahí, que esta investigación persiga el difícil reto de poner a disposición del docente información sobre las oportunidades que tiene a un sólo click, de captar su atención y su interés.

Por su parte, las herramientas analizadas son algunas de las existentes en la actualidad, aunque, con el paso del tiempo, irán cambiando su funcionalidad, adaptándose a nuevas necesidades y mejorando su comportamiento. Esto conlleva la necesaria adaptación del profesorado para sacarle todo el beneficio tecnológico y ponerlo a disposición del sistema educativo.

Aquí entra en juego la tecnofilia, o la afición a las nuevas tecnologías, una característica poco frecuente fuera de entornos tecnológicos, el tecnoestrés, o estrés ocasionado por los efectos negativos del uso de las tecnologías, y la tecnofobia, o miedo a la tecnología y a los cambios tecnológicos. Aspectos estos que se deben tener en cuenta en cualquier proceso de implantación ya que suelen ser traumáticos, sobretudo, en ambientes no relacionados con las tecnologías de la información y donde las tareas habituales en nada están relacionadas con su uso.

Pero, en especial, en la docencia cualquier mejora en el sistema educativo tiene un impacto en la sociedad del futuro y, por tanto, es necesario favorecer un entorno digital como apoyo –o complemento– a la enseñanza en el uso de herramientas específicas, favorecer un clima mediante estímulos al profesorado y al alumnado y buscar soluciones que sean amables o habituales, que en este caso es factible.

En tal sentido, es obvio que el conjunto de herramientas tecnológicas a disposición del profesorado favorece el aprendizaje continuo del alumnado. Igualmente, permite crear ambientes de trabajo en equipo, lo que facilita el aprendizaje colaborativo. Por otro lado, las TICs ayudan al desarrollo de ciertas habilidades como pueden ser: la creatividad, la autonomía, el trabajo colaborativo, etc.

Sin lugar a dudas, el uso de estos recursos facilitará la captación de atención del alumnado, fomentando la motivación del mismo en la asignatura. Si conseguimos mantener la motivación del alumnado, tendremos una mayor implicación del mismo y, por consiguiente, una mayor probabilidad de éxito en los resultados de la asignatura. En definitiva, conseguiremos una mejora del sistema educativo.

Y por último, parece obvio que las TICs han llegado para quedarse en el sistema educativo y su irremediable implementación va a forzar un cambio en el modelo actual. Por eso, es importante saber aprovechar las nuevas tecnologías para fortalecer el sistema, para mejorarlo y conseguir una sociedad mejor y más preparada, pero hay que hacerlo siempre sobre la base de que lo relevante siempre debe ser lo educativo, es la prioridad y el objetivo. Las tecnologías se presentan para la educación como un medio para conseguir este objetivo, no es la prioridad.

Bibliografía.

- AUSÍN, V., ABELLA, V., DELGADO, V. y HORTIGÜELA, D. (2016). “Aprendizaje basado en Proyectos a través de las TIC. Una Experiencia de Innovación Docente desde las Aulas Universitarias”. *Revista Formación Universitaria*, Vol. 9, núm. 3.
- BONET NAVARRO, J. “Tutoriales para la docencia del Derecho Procesal Penal. Un ejemplo de introducción de nuevas tecnologías en la docencia”. En García Añón, J.(Ed.), *Miradas a la innovación: experiencias de innovación en la docencia del Derecho*. Servei de Formació Permanent, Universitat de València.
- CARRIZO AGUADO, D. y ALONSO GARCÍA M.N. (2018). “Métodos de planificación y práctica docente con herramientas digitales: ¿desencuentro con el Reglamento Europeo de Protección de Datos?”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación educativa (REJIE Nueva Época)*, núm. 19.
- CHUMPITAZ CAMPOS, L. (2007). “La formación de docentes de educación básica en el uso educativo de las TIC y la reducción de la brecha digital”. *Revista Educación*, Vol. 16, núm. 31.
- COLÁS BRAVO, M.P., DE PABLOS PONS, J. y BALLESTA PAGÁN, J. (2018). “Incidencia de las TIC en la enseñanza en el sistema educativo español: una revisión de la investigación”. *Revista de Educación a Distancia*, núm. 56, artc. 2.
- DE PRADA GARCÍA, A. (2017). “Concepto de derecho y ciencias jurídicas: una propuesta de transformación en la docencia del derecho”. En Miró Llinares, F. y Pérez Juan, J.A. (Dir.) *Innovación Docente y Ciencia Jurídica*. Navarra: Aranzadi.
- ESTEVE, F. (2009). “Bolonia y las TIC: de la docencia 1.0 al aprendizaje 2.0”. *La Cuestión Universitaria*, núm. 5.
- FERRO SOTO, C. y OTROS (2009). “Ventajas del uso de las TICs en el proceso de enseñanza-aprendizaje desde la óptica de los docentes universitarios españoles”. *Revista electrónica de tecnología educativa*, núm. 29.
- GARCÍA MEDINA, J. y OTROS (2008). “Reflexión sobre el papel de las TICs en la innovación metodológica de los estudios de Derecho”. En Guilarte Martín-Calero, C., *Innovación docente: Docencia y TICs*. Universidad de Valladolid.

- GARCÍA-VALCÁRCEL, A., MUÑOZ-REPISO, A. y HERNÁNDEZ MARTÍN, A. (2012). “La metodología a metodología del aprendizaje colaborativo a través de las TIC: una aproximación a las opiniones de profesores y alumnos”. *Revista Complutense de Educación*, Vol. 23, núm. 1.
- GONZÁLEZ PÉREZ, A. y DE PABLOS PONS, J. (2015). “Factores que dificultan la integración de las TIC en las aulas”. *Revista de Investigación Educativa*, núm. 33 (2).
- HEREDIA SÁNCHEZ, L. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2017). “La formación práctica en derecho: acercar al estudiante a los casos reales”. En Miró Llinares, F. y Pérez Juan, J.A. (Dir.). *Innovación Docente y Ciencia Jurídica*. Navarra: Aranzadi.
- LÓPEZ-FLAMARIQUE, M., GARRO, E., & EGAÑA, T. (2019). “La lectura digital en un aula de Secundaria: prácticas reales y dificultades del alumnado”. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, núm. 55.
- MOYA LÓPEZ, M.M. (2013). “De las TICs a las TACs: la importancia de crear contenidos educativos digitales”. *Revista Didáctica, Innovación y multimedia*, núm. 27.
- SALINAS, J. (2004). “Innovación docente y uso de las TIC en la enseñanza universitaria”. *Revista Universidad y Sociedad del Conocimiento*, Vol. 1- nº 1.
- SÁNCHEZ PARDO, L., CRESPO HERRADOR, G., AGUILAR MOYA, R., BUENO CAÑIGRAL, F.J., ALEIXANDRE BENAVENT, R., VALDERRAMA ZURIÁN, J.C (2015). *Los adolescentes y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Guía para padres. Ayudándoles a evitar riesgos*.
- SOTO MOYA, M.M. (2018). “Flipped Classroom y Derecho Financiero: un binomio necesario”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, núm. 18.
- VALDÉS CUERVO, Á. A., ANGULO ARMENTA, J., URÍAS MARTÍNEZ, M. L., GARCÍA LÓPEZ, R. I., MORTIS LOZOYA, S. V. (2011). “Necesidades de capacitación de docentes de educación básica en el uso de las TIC”. *Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación*, núm. 39.
- VILLANUEVA BLASCO, V.J. (2018). *Riesgos y usos problemáticos de Internet en adolescentes, Informe VIU*, Universidad Internacional de Valencia.
- VIÑALS BLANCO, A. Y CUENCA AMIGO, J. (2016). “El rol del docente en la era digital”. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, Vol. 30, núm.2.

PLATAFORMA DIGITAL «LUDOTECA JURÍDICA»: UNA APUESTA POR LA «GAMIFICACIÓN» EN DERECHO

Digital platform «ludoteca jurídica»: a bet for the gamification in law

Recibido: 30 de noviembre de 2019
Aceptado: 16 de diciembre de 2019

Víctor Bastante Granell
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
(Acreditado a Prof. Contratado Doctor)
vbg415@ual.es
Universidad de Almería

Lucía Moreno García
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
lmg567@ual.es
Universidad de Almería

RESUMEN

La “Ludoteca Jurídica” es una plataforma digital que nace como apuesta por la innovación docente en Derecho, particularmente por la “gamificación”. El presente trabajo pretende exponer los orígenes de tal proyecto educativo, su fundamento, sus objetivos, su contenido —con especial mención a las fichas de juegos educativos— y las distintas formas de colaboración. Estamos ante una plataforma educativa que postula la defensa de la “gamificación” como metodología complementaria, busca la creación de una red nacional de “gamificadores” y pretende fomentar la educación compartida, así como el uso de las nuevas tecnologías en la enseñanza de las disciplinas jurídicas.

PALABRAS CLAVES

Gamificación, ludificación, Derecho, educación superior, innovación docente.

ABSTRACT

The “Ludoteca Jurídica” is a digital platform that was born as a bet for the teaching innovation in law, particularly “gamification”. This paper aims to explain the origins of such an educational project, its foundation, its objectives, its content —with special mention of the educational games— and the different forms of collaboration. We are facing an educational platform that postulates the defense of “gamification” as a complementary methodology, seeks the creation of a national network of “gamifiers” and aims to promote shared education, as well as the use of new technologies in the teaching of legal disciplines.

KEYWORDS

Gamification, law, higher education, teaching innovation

Sumario: 1. Ludoteca jurídica: ¿Qué es y cómo surgió?. 2. La “gamificación” en Derecho. 2.1 Concepto de “gamificación. 2.2. Elementos de los juegos. 2.3. De la “crítica” a la defensa de sus ventajas. 3. Juegos educativos de la Ludoteca jurídica. 4. Formas de colaboración: Hacia una red nacional sobre “gamificación” en Derecho. 5. Fomento de la educación 3.0 en Derecho. 6. Presente y futuro de la Ludoteca jurídica. Bibliografía.

1. Ludoteca jurídica: ¿Qué es y cómo surgió?

La “Ludoteca jurídica” es una plataforma digital educativa que tiene como objetivo principal fomentar la “gamificación” o “ludificación” en Derecho¹. Ello significa que estamos ante una página web que busca potenciar el aprendizaje del Derecho a través de la aplicación de juegos educativos en las aulas universitarias. En concreto, la plataforma digital pone a disposición del alumnado y profesorado un espacio web que recoge distintas fichas de juegos para que puedan ser utilizadas en las aulas de Derecho, promoviendo la “gamificación” como metodología de aprendizaje complementaria dentro de la enseñanza de disciplinas jurídicas. No obstante, su contenido también está formado —y estará formado— por cuestionarios tipo test *online* de Derecho, casos prácticos, información de herramientas digitales docentes (*Kahoot*, *Socrative*, etc.), etc. Se trata de una plataforma web que busca facilitar, mejorar y desarrollar la enseñanza del Derecho, así como la innovación docente.

Dicha plataforma digital, por el momento, presenta las siguientes características: 1) Constituye una plataforma educativa, que contribuye a la evolución de los procesos de aprendizaje y enseñanza en Derecho a través de la “gamificación” y otros materiales y herramientas docentes; 2) Se trata de una plataforma de carácter abierto y gratuita para el alumnado y profesorado; 3) nos encontramos, en cierto modo, ante una plataforma de educación P2P (*peer to peer*), puesto que los profesores universitarios, que lo deseen, pueden colaborar con la creación y desarrollo de juegos educativos, así como de otros materiales (exámenes tipo test *online*, casos prácticos, etc.) —aunque sean objeto de revisión—, compartiendo con otros profesores y alumnos sus juegos, trabajos y conocimientos; y, por último, 4) pretende ser una plataforma de carácter interdisciplinar.

¹ Puede acceder a la plataforma digital a través del siguiente enlace web: <https://ludotecajuridica.es/> [Fecha de consulta: 22/11/2019]. Hay que destacar, cómo algunas Universidades, como la Facultad de Derecho de Girona, crearon una ludoteca para fomentar, entre otros aspectos, la gamificación en las disciplinas jurídicas. Vid. RUDA GONZÁLEZ, A. y YOLDI ALTAMIRANO, C. (2014). “Aprender jugando. Experiencias de aprendizaje mediante juegos en la Facultad de Derecho de la UdG”, *Revista CIDUI*, Nº 2, pág. 4 y ss.

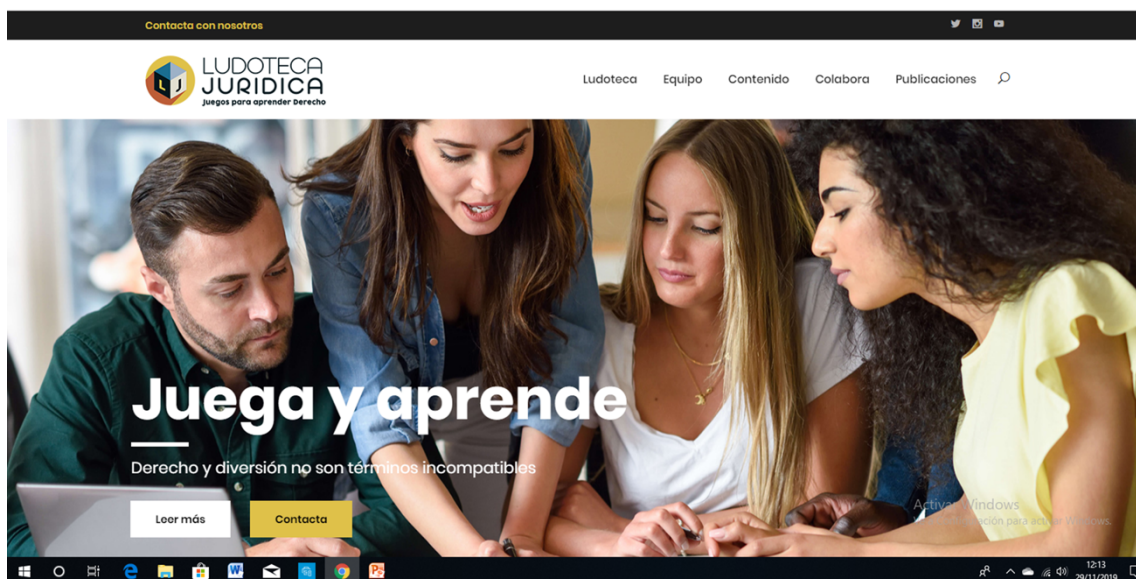


Ilustración nº 1: Portada plataforma digital “Ludoteca jurídica”.

En cuanto a su origen, debe mencionarse que la “Ludoteca jurídica” es fruto de un proyecto de innovación docente titulado “Juegos educativos para aprender Derecho”, concedido en la Convocatoria para la Creación de Grupos de Innovación y Buenas Prácticas Docentes en la Universidad de Almería (Bienio 2018 y 2019), de la Universidad de Almería; y coordinado por el Prof. Víctor Bastante Granell. Dicho proyecto, unido a la voluntad e ilusión de docentes de diferentes disciplinas jurídicas —de los cuales, algunos conforman actualmente el equipo de la “Ludoteca jurídica”²— constituyó el punto de arranque de tal plataforma digital, que pretende evolucionar y mejorar con el paso de los años.

2. La “gamificación” en Derecho.

2.1. Concepto de “gamificación”.

El vocablo “gamificación” procede del término inglés *gamification*. Este anglicismo se define por la aplicación de elementos y técnicas propias de los juegos en entornos o ambientes no lúdicos —como puede ser el educativo o el ámbito corporativo de una empresa—³.

² Víctor Bastante Granell (Prof. Ayudante Doctor de Derecho Civil. Acreditado a Contratado Doctor); María Angustias Martos Calabrús (Prof.^a Titular de Derecho Civil); María del Mar Gómez Lozano (Prof.^a Titular de Derecho Mercantil); Cristina Cano Ortega (Prof.^a Ayudante Doctor de Derecho Mercantil. Acreditada a Contratado Doctor); María Luisa Roca Fernández-Castanys (Prof.^a Titular de Derecho Administrativo); Alejandro David López Leiva (Prof. Ayudante Doctor de Derecho Administrativo. Acreditado a Contratado Doctor); Marina Aguilar Rubio (Prof.^a Titular de Derecho Financiero y Tributario); Raquel Bonachera Villegas (Prof.^a Titular de Derecho Procesal); Lucía Moreno García (Prof.^a Ayudante Doctora de Derecho Procesal).

³ Sobre el concepto de “gamificación” pueden consultarse, entre otros autores, HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), *Gamificación. Revoluciona tu negocio con las técnicas de los juegos*. Madrid: Perarson, pág. 28; BORRÁS GENÉ, O. (2015), *Fundamentos de la gamificación*. Madrid: Gabinete de Tele-Educación de la Universidad Politécnica de Madrid, pág. 4; y RODRÍGUEZ, F. y SANTIAGO, R. (2015), *Gamificación: cómo motivar a tu alumnado y mejorar el clima en el aula*. Madrid: Digital-Text. Grupo Océano, págs. 8 y ss. Asimismo, puede verse la definición de *gamification* facilitada por Fundéu BBVA en

Coloquialmente se utiliza, además de la voz “gamificación”, el término “ludificación” como equivalente al español del anglicismo *gamification*. Hemos de señalar que, a la fecha de elaboración de este trabajo, el diccionario de la lengua española todavía no contempla ninguno de esos dos términos. Ello ha llevado a los autores a plantearse qué vocablo utilizar —si “gamificación”, “ludificación” o incluso la palabra inglesa *gamification*—. En este contexto, SÁNCHEZ APARICIO señala que se trata de términos diferentes, pues mientras que “gamificación” se refiere a una metodología —consistente en la aplicación de técnicas y mecánicas de los juegos en contextos no lúdicos—, “ludificación” sería un término más genérico, referido a “hacer que una actividad sea divertida”⁴. Pese al debate lingüístico existente, nos consta que se encuentra en proceso de estudio la incorporación al diccionario de la alternativa en español de *gamification*. Teniendo en cuenta que, a día de hoy, se está imponiendo el vocablo “gamificación”, auguramos que finalmente será este el término que se incorpore⁵.

Con independencia del término que se emplee, hemos de señalar que, en el ámbito educativo, la finalidad principal de esta metodología es activar la motivación del alumnado por el aprendizaje, al tiempo que se aumenta su compromiso, concentración y esfuerzo⁶. No debemos olvidar que, aunque en estos entornos se utilicen mecánicas propias de los juegos, el propósito perseguido sigue siendo formativo. Lo que se pretende con el uso de estas técnicas es acercar al alumno al proceso de aprendizaje y motivarlo a seguir la asignatura.

Además de lo anterior, como indica algún especialista en la materia, la aplicación de la gamificación en las aulas contribuye a que el aprendizaje sea más significativo, puesto que permite “mayor retención en la memoria” del alumno al presentarse la actividad de forma más atractiva⁷. Como señalamos posteriormente, son tantas las ventajas y beneficios de la gamificación que cada vez se está utilizando más como técnica de aprendizaje en la Enseñanza Superior. En lo que respecta a los Estudios de Derecho, el

<https://www.fundeu.es/recomendacion/ludificacion-mejor-que-gamificacion-como-traducción-de-gamification-1390/> [fecha de consulta: 28/11/2019].

⁴ SÁNCHEZ APARICIO, J. C. (2016), “Gamificación, gamification, ludificación... ¿cómo me llamo?”, entrada publicada en el blog ‘El diario de Snackson’; disponible en www.snackson.com [fecha de consulta: 27/11/2019]. En sentido similar, GÓMEZ GARCÍA considera que el término ludificación “se queda en la superficie”, pues para este autor este vocablo se refiere a los aspectos lúdicos o divertidos, pero no tiene en cuenta la “reglamentación característica de los juegos organizados”. V. GÓMEZ GARCÍA, I. (2015), “Gamificación como recurso de la ingeniería en comunicación social”, *Revista ‘Razón y Palabra’*, Nº 90, pág. 6; disponible en www.razonypalabra.org.mx.

⁵ En 2018, la RAE anunció que estaban estudiando la incorporación al diccionario académico de la voz “ludificación” como el equivalente español del anglicismo *gamification*. Incluso aconsejaban la utilización de este término en lugar de “gamificación”. Según indicaron en ese momento, sería más apropiado el término “ludificación” al formarse con la raíz latina “ludus” (juego). Sin embargo, hemos de señalar que ante las consultas de los usuarios, la RAE manifestó que para los neologismos esperan “*a poder comprobar cuál se asienta en el uso y es preferido por los especialistas*”. Es por ello que aún no se ha incorporado ninguno de ellos. Teniendo en cuenta esa afirmación, auguramos que se terminará incorporando al diccionario el término “gamificación” como equivalente español del anglicismo *gamification*, pues a día de hoy es el más extendido entre los especialistas. Lo manifestado por la RAE ha sido extraído de su cuenta oficial de twitter (usuario: @RAEinforma), entradas de 24 de septiembre y 3 de octubre, ambas de 2018.

⁶ En este sentido, vid. LÓPEZ LAGO, N. (2016), “Cómo aplicar la gamificación o ludificación educativa en el aula”, en el *Blog CEAC del Grupo Planeta Formación y Universidades*; disponible en <https://www.ceac.es/blog/como-aplicar-la-gamificacion-o-ludificacion-educativa-en-el-aula> [fecha de consulta: 28/11/2019]; CONTRERAS ESPINOSA, R. S. y EGUÍA, J. L. (2016), “Gamificación en aulas universitarias”, en CONTRERAS, R. S. y EGUÍA, J. L.: *Gamificación en aulas universitarias*. Bellaterra: Institut de la Comunicació, Universitat Autònoma de Barcelona, pág. 7.

⁷ Cfr. BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., pág. 5.

empleo de esta metodología es mínimo. Sin embargo, desde la Ludoteca Jurídica animamos a todos los docentes a incorporar técnicas de gamificación en algunas de sus actividades, puesto que la gamificación puede ser una buena estrategia de aprendizaje y motivación del alumnado.

Junto con la “gamificación” suele hablarse de los *serious games* o “juegos serios”. Según señalan los autores, aunque ambos conceptos se asocian con el juego, realmente tienen significados diferentes. Como hemos indicado anteriormente, la “gamificación” supone aplicar técnicas y elementos de los juegos en ambientes no lúdicos, como es la educación. De esta definición se infiere que la “gamificación” no es un juego en sí mismo, sino el uso de elementos de estos con la finalidad de motivar a los participantes a realizar una actividad o llevar a cabo una determinada conducta. Sin embargo, como establecen RODRÍGUEZ y SANTIAGO, un *serious game* sí es un juego, pero la finalidad de este no es tanto hacer más atractiva o motivadora una tarea o actividad cotidiana, como alcanzar “un propósito de aprendizaje concreto”⁸. Con ambas técnicas didácticas se puede enseñar Derecho, la diferencia estriba en que cuando “gamificamos” aplicamos algunos elementos del juego para hacer más atractivas las actividades o tareas que han de desarrollarse durante el curso; con un *serious games*, realizamos un juego con la finalidad de mejorar el aprendizaje sobre aspectos concretos⁹.

Si bien se mira, ambos conceptos están interrelacionados, tanto es así que para HUNTER y WERBACH los *serious games* son supuestos especiales de gamificación. Como señalan estos autores, un *serious game* es un claro ejemplo de uso de las técnicas de los juegos en ambientes que no son de juego, lo único que aquí se llegan a “crear juegos completamente funcionales”¹⁰. En este entendimiento, puede considerarse que, en ambos casos, estamos “gamificando”.

Como se observará más adelante, la “Ludoteca jurídica” facilita fichas educativas que constituyen verdaderos *serious games*, pero también ofrecemos otras que utilizan meras técnicas de gamificación para motivar al alumnado a realizar ciertas actividades o tareas. Posteriormente, exponemos las distintas fichas y herramientas disponibles en la plataforma digital “Ludoteca jurídica”.

2.2. Elementos de los juegos.

Como hemos indicado *supra*, la gamificación es el uso de los elementos y técnicas propias de los juegos en contextos no lúdicos. Ello nos lleva a determinar los elementos que pueden ser utilizados en los procesos de “gamificación”.

En este contexto, los autores suelen categorizar los elementos de los juegos en dinámicas, mecánicas y componentes¹¹. Por mecánicas se suele entender “los procesos

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, F. y SANTIAGO, R. (2015), cit., pág. 12. Asimismo, resulta ilustrativo lo manifestado por GRAU, J. (2016), “La diferencia entre gamificación y serious game”, en www.bepriamsa.com [fecha de consulta: 28/11/2019]. Según este autor, la principal diferencia entre “gamificación” y “serious game” es que mientras la gamificación “es un juego parcial”, un *serious games* es un “juego completo”. Para este autor, la gamificación utiliza los elementos propios de los juegos en ambientes no lúdicos para hacer más atractivas tareas o actividades diarias que realizamos en esos contextos o entornos. En cambio, un *serious games* es un juego en sí mismo, aunque como señala el autor, lo aprendido en estos juegos puede ser útil para nuestras actividades o tareas diarias.

⁹ En este sentido, GARCÍA JIMÉNEZ destaca que la finalidad principal de un *serious games* es “mejorar el aprendizaje en algún aspecto concreto”; GARCÍA JIMÉNEZ, A. (2017), cit.

¹⁰ Cfr. HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 36.

¹¹ Así, entre otros, HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., págs. 82 y ss.; GÓMEZ GARCÍA, I. (2015), cit., págs. 7-8; BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., págs. 13 y ss.; CONTRERAS ESPINOSA, R. S.

básicos que hacen progresar la acción y que llevan a que el jugador se involucre”¹². Las dinámicas representan algo más abstracto: “los efectos, motivaciones y deseos que se pretenden generar en el participante”¹³. Y los componentes son los elementos concretos que se asocian a los dos elementos anteriores, como serían los avatares, las tablas de clasificación, las insignias o los puntos¹⁴. Algunos autores examinan las mecánicas junto con los componentes del juego, pues estos son la forma de representar y hacer visible el avance del participante en el mismo¹⁵.

En la educación, los elementos que suelen utilizarse en los sistemas de gamificación son los siguientes:

- *Puntos*: son las representaciones numéricas de lo que se consigue al realizar una acción de forma correcta¹⁶. Como señalan los autores, los sistemas de puntos son muy útiles, pues dan información sobre el progreso del participante y sobre si la acción realizada es correcta o incorrecta¹⁷.
- *Niveles*: son los “pasos definidos en la progresión de un jugador”¹⁸. Al igual que los puntos, muestran los avances conseguidos por el participante¹⁹. Los niveles suelen asociarse a la superación de determinadas etapas o fases.
- *Tablas de clasificación*: permite al participante conocer su posición en el sistema gamificado y compararla con el del resto de jugadores. Como señalan los autores, este elemento del juego puede ser muy motivador, pues muchos participantes querrán alcanzar la cima de la clasificación al conocer el puesto que ocupa el resto de jugadores. Sin embargo, como también alertan los especialistas, si la tabla no se emplea bien puede ser un elemento muy desmotivador para aquellos jugadores que ocupen las posiciones más bajas. En este sentido, HUNTER y WERBACH indican que existen diferentes formas de hacer que las tablas de clasificación funcionen correctamente – pueden hacerse tablas más dinámicas, o incluso presentar varias en las que se valoren distintas características o cualidades de los participantes–²⁰.

(2016), “Elementos de juego y motivación: reflexiones entorno a una experiencia que utiliza gamificación en una asignatura de grado para game designers”, en CONTRERAS, R. S. y EGUÍA, J. L.: *Gamificación en aulas universitarias*, cit., págs. 57-58; TEIXES, F. (2014), *Gamificación: Fundamentos y aplicaciones*. Barcelona: UOC Business School, págs. 61 y ss.; y ALEJALDRE DIEL, L. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. M.^a. (2015), “Gamificar: el uso de los elementos del juego en la enseñanza del español”, en *Congreso La cultura hispánica: de sus orígenes al siglo XXI*. Burgos: Publicaciones de la Asociación Europea de Profesores de Español, págs. 75 y ss.

¹² HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 83.

¹³ BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., pág. 13, con cita a HERRANZ (2013).

¹⁴ Cfr. BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., págs. 14-15.

¹⁵ Así, TEIXES, F. (2014), cit., pág. 61.

¹⁶ Como indican HUNTER y WERBACH, los puntos son las “representaciones numéricas de la progresión dentro del juego”; HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 84.

¹⁷ Cfr. BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., pág. 17, y TEIXES, F. (2014), cit., pág. 61.

¹⁸ HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 84.

¹⁹ Como señala BORRÁS GENÉ, los niveles pueden indicar el “estado de un usuario y el dominio sobre un sistema” –lo que le permite compararse con otros participantes–, o “el progreso” del mismo dentro del sistema. En este caso, el participante puede valorar su progreso y lo que le queda para finalizar. Cfr. BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., pág. 18.

²⁰ Cfr. HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., págs. 80-81.

- *Medallas o insignias*: son definidas como la “representación visual de un logro específico dentro del sistema gamificado”²¹. Un ejemplo claro de “medalla” o “insignia” lo encontramos en el juego “Duolingo”, en el que se premia el esfuerzo y constancia del jugador mediante el otorgamiento de “coronas” y reconocimientos por los “logros” alcanzados.
- *Retos o desafíos*: son pruebas de mayor dificultad a las que se somete a los participantes del sistema gamificado o de un *serious games*. Las mismas exigen un mayor esfuerzo por parte del participante²².
- *Avatares*: son las “representaciones visuales del personaje de un jugador”²³. Mediante el uso de avatares el participante puede identificarse dentro del sistema gamificado o de un *serious game*. Los avatares provocan una mayor implicación del participante en el sistema, pues como indica TEIXES, los jugadores suelen mostrar un “mayor apego emocional” por el mismo²⁴.
- *Premios o recompensas*: son los beneficios que puede conllevar la realización de una determinada actividad o la superación de un logro específico²⁵.
- Entre otros muchos, como los combates, los logros, las misiones, el uso de turnos, la formación de equipos, etc.

Los elementos del juego descritos pueden utilizarse para “gamificar” alguna de nuestras actividades o tareas de clase. Asimismo, podemos emplearlos para crear *serious games* sobre materias concretas. En apartados posteriores, mostramos algunos ejemplos de cómo podemos utilizar las herramientas de los juegos en las aulas de Derecho.

2.3. De la “crítica” a la defensa de sus ventajas.

La enseñanza de disciplinas jurídicas se ha caracterizado por el uso de metodologías docentes de carácter tradicional. Aunque ciertamente se ha producido una renovación de las mismas —mediante el uso de las TIC’s— se ha obviado la posibilidad de que el Derecho, cómo rama del conocimiento, se puede aprender “jugando”. La “gamificación” del aprendizaje jurídico y su aplicación puede —y debe— convertirse en una metodología docente complementaria en la enseñanza de disciplinas jurídicas. Se manifiesta, en este sentido, que “el juego es un activador en la atención y surge como alternativa para complementar los esquemas de enseñanza tradicional”²⁶. Ante ello, y como bien señala Tom Peters, “toca ponerse la camiseta de gamificador”²⁷, pero, esta vez, en el ámbito de la enseñanza del Derecho, no en el ámbito empresarial, en interés de la educación superior.

No obstante lo anterior, somos conscientes de que la aplicación de la gamificación en las disciplinas jurídicas está siendo objeto de diversas críticas. Tales críticas, muy respetables, conciben el juego como un mecanismo de ocio y entretenimiento, no apto para la formación jurídica. Si bien, no puede concebirse la “gamificación” como una forma de banalizar el Derecho o, en su caso, como una metodología que únicamente

²¹ BORRÁS GENÉ, O. (2015), cit., pág. 17.

²² Cfr. HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 83; y ALEJALDRE DIEL, L. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. M.^a. (2015), cit., pág. 77.

²³ HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 84.

²⁴ TEIXES, F. (2014), cit., pág. 67.

²⁵ Al respecto, v. HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), cit., pág. 83.

²⁶ LOZADA ÁVILA, C. y BETANCUR GÓMEZ, S. (2017). “La gamificación en la educación superior: una revisión sistemática”, *Revista Ingenierías Universidad de Medellín*, vol. 16, Nº. 31 pág. 99.

²⁷ Frase citada en RODRÍGUEZ, F. y SANTIAGO, R. (2015), cit., pág. 5.

permita desarrollar un razonamiento jurídico superficial. No hemos de olvidar que no se trata de “jugar” sin más, como mera actividad de entretenimiento, sino de usar las técnicas de los juegos como metodología docente complementaria. Dicho con otras palabras, se trata de usar tales técnicas en la enseñanza de las disciplinas jurídicas, siempre –y claro está– que permita al alumnado la adquisición de competencias y el desarrollo de capacidades. De no ser así, no podríamos hablar de “gamificación” o “serious game”, sino de mera diversión, recreo o pasatiempo. Como señalan ciertos autores, “existen muchos/as docentes escépticos/as, ya sea por desconocimiento, miedo al cambio, las dificultades del mismo o falsas creencias sobre incompatibilidades con el sistema”²⁸. Aun así, diversos profesores de Derecho defienden su uso en las aulas universitarias²⁹. La “Ludoteca jurídica” constituye una apuesta por un cambio de percepción.

La RAE, al definir la palabra “jugar”, alude a la posibilidad de adquirir competencias: “Hacer algo con alegría con el fin de entretenerse, divertirse o desarrollar determinadas capacidades”. La “gamificación” supone usar elementos de diseño propios de los juegos en contextos no lúdicos (ámbito empresarial, laboral, etc.) con la finalidad de obtener diferentes resultados que, en el plano educativo, serían los siguientes: a) potenciar la motivación³⁰, compromiso (*engagement*) y atención del alumno (cuanta mayor sea la implicación mayor será el aprendizaje); b) reforzar su conducta y ánimo de superación para obtener objetivos; c) activar su aprendizaje y participación³¹; d) facilitar y reforzar la interiorización de conocimientos de una forma entretenida; e) mejorar habilidades y

²⁸ BARBOSA GONZÁLEZ, A., RAPOSO RIVAS, M. y MARTÍNEZ FIGUEIRA, E. (2018). “Recursos para analizar el diseño y puesta en práctica de la gamificación en el aula”, en LÓPEZ-MENESES, E., COBOS-SANCHIZ, D., MARTÍN-PADILLA, A., MOLINA-GARCÍA, L. y JAÉN-MARTÍNEZ, A.: *Experiencias pedagógicas e innovación educativa: Aportaciones desde la praxis docente e investigadora*. Barcelona: Octaedro, pág. 850.

²⁹ Vid. RUDA GONZÁLEZ, A. y YOLDI ALTAMIRANO, C. (2014), cit.

³⁰ “La motivación de los estudiantes es un factor determinante en el proceso de aprendizaje, que permite a los profesores conectar a los estudiantes con la clase, el profesor debe progresar en la búsqueda de elementos que se conviertan en motivadores, con el fin de lograr atención en sus clases, involucrando a sus estudiantes y creando interacciones efectivas dentro del aula, para desarrollar conocimiento y no sólo dar información que luego será olvidada el siguiente día o la siguiente semana”. VÉLEZ OSORIO, I. M. (2016), “La gamificación en el aprendizaje de los estudiantes universitarios”, *Rastros Rostros*, Vol. 18, N° 33, pág. 35. Es importante hallar la forma correcta de fomentar la motivación: “A nivel individual, para gamificar una actividad es necesario encontrar la forma correcta de motivar a la persona adecuada en el momento adecuado. Por ello, es importante conocer las diferentes motivaciones, que pueden ser de dos tipos: a) intrínsecas: inherente a la persona, lo realiza por su propio bien o interés (por ejemplo: estatus, poder, acceso a ciertas aptitudes) o para contribuir a un bien común y b) extrínsecas: exterior a la persona, lo realiza por la recompensa o feedback. También es importante el componente social, o lo que es lo mismo, el contar con otras personas con las que competir, colaborar y comparar logros. En el juego social, los objetivos pueden ser competitivos o colaborativos. Por ello, en juegos de equipo deben ser consideradas por separado las mecánicas que influyen en el equipo (proyectos, puntuaciones de grupo, etc.), de las mecánicas que solo se aplican al individuo (motivación, el refuerzo positivo, etc.). GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. S. y MORA CARREÑO, A. (2014). “Propuesta metodológica de gamificación en la enseñanza técnica superior”, en *Actas del XVI Simposio Internacional de Informática Educativa (SIIE' 14): Acceso masivo y universal para un aprendizaje a lo largo de la vida*. Logroño: UNIR-Universidad Internacional de La Rioja, pág. 52.

³¹ Tras una experiencia docente, se llegó a la siguiente conclusión: “Se evidencia entonces que el sistema de gamificación permite materializar contenidos teóricos hacia aplicaciones en el campo real, en ejercicios de clase para que el estudiante comprenda ampliamente la razón de ser de los contenidos de las asignaturas, y no solamente perciba el curso como necesario sino enriquecedor. Además, trasforma la relación entre profesor y estudiante, basado en unas metodologías para el aprendizaje complementarias a la gamificación y la intervención del profesor para que todo el proceso sea un engranaje de transformación educativa”. VÉLEZ OSORIO, I. M. (2016), cit., pág. 29.

competencias (transformar conocimientos en competencias); f) estimular la “competencia sana” y la conexión social; g) obtener la fidelización del alumno con el contenido que trabaja; h) optimizar y recompensar al alumno; i) enseñar a trabajar en equipo, resolver problemas o respetar las opiniones ajenas (según el juego aplicado). En resumen, como indican RODRÍGUEZ y SANTIAGO:

“Su objetivo en el terreno de la educación no es otro que llevar la motivación al proceso de enseñanza y aprendizaje, mediante la incorporación de elementos y técnicas del juego. Un proceso que, bien utilizado, incorpora unas extraordinarias ventajas a la hora de enriquecer la relación entre docentes y alumnos mejorando así el clima en el aula. No olvidemos que los alumnos aprenden solo de aquellos educadores que son capaces de motivarles, de inspirarles, de sacar lo mejor que tienen dentro”³².

Aunque la “gamificación” sigue siendo objeto de estudio en el ámbito educativo —sobre todo, en la educación superior—, puede comprobarse que aporta numerosos beneficios a los estudiantes. Ciertamente, el equilibrio entre lo lúdico y lo formativo es muy difícil de obtener. Por tal razón, si la actividad pierde su carácter formativo, la “gamificación” sería improductiva en la enseñanza del Derecho. El docente, al crear u aplicar un juego en Derecho no puede olvidar que tal actividad debe desarrollar competencias y habilidades.

No debemos olvidar que “la gamificación es el instrumento, no el fin”³³. Lo principal es que el uso de tal metodología se centre en la consecución de un objetivo, que en la rama del Derecho sería la adquisición de competencias en el ámbito jurídico. Por tal razón, lo primero es plantear la acción formativa que se desea, es decir, las competencias y contenidos que el docente pretende que los estudiantes adquieran y aprendan. Luego, será necesario dilucidar el escenario, contexto o tipo de juego adecuado para desarrollar tal acción educativa. Posteriormente se definen las reglas y la mecánica del juego —con base a los elementos y principios de la “gamificación”—, concluyendo con el esbozo de la forma de evaluación de la labor realizada por los estudiantes o, en su caso, grupos. De esta forma, al elaborar un juego el docente debe identificar qué tipo de logro y competencia/s tiene como objetivo alcanzar dentro de la enseñanza de una disciplina jurídica concreta. El resultado, como indica cierta doctrina, es un fomento de la motivación y el aprendizaje implícito:

“La aproximación desde la gamificación puede ejercer una gran influencia en el desarrollo de las competencias requeridas en las titulaciones universitarias, ya que incrementa la participación y la motivación de los sujetos a través de un contexto de juego que facilita el aprendizaje implícito. El estudio gamificado presenta unos objetivos secuenciados y claros destinados a proponer retos alcanzables a corto plazo que dan continuidad al sentido de progresión de los jugadores, proporcionando recompensas que actúan como motivadores externos”³⁴.

Al desarrollar un juego educativo, el docente en Derecho debe guiar su creación atendiendo a las competencias propias del título de Grado de Derecho, aunque también puede inspirarse en el Libro Blanco de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación³⁵. Según dicho documento, debemos centrarnos en el desarrollo de 1) competencias instrumentales (capacidad de análisis y síntesis, capacidad de organización y planificación, comunicación oral y escrita en lengua nativa, conocimientos de

³² RODRÍGUEZ, S. y SANTIAGO, R. (2015), cit., pág. 5.

³³ GUTIÉRREZ-ARTACHO, J. y OLVERA LOBO, M. D. (2017). “Gamificación para la adquisición de competencias en la educación superior: el caso de la traducción e interpretación”, en PADILLA CASTILLO, G.: *Aulas virtuales, fórmulas y prácticas*. Madrid: McGraw Hill, pág. 203.

³⁴ GUTIÉRREZ-ARTACHO, J. y OLVERA LOBO, M. D. (2017), cit., pág. 204.

³⁵ Disponible en: http://www.aneca.es/var/media/150240/libroblanco_derecho_def.pdf [Fecha de consulta: 22/11/2019].

informática relativos al ámbito de estudio, capacidad de gestión de la información, resolución de problemas, capacidad de decisión, etc.), 2) competencias interpersonales (trabajo en equipo, trabajo en un equipo de carácter interdisciplinar, habilidades en las relaciones interpersonales, reconocimiento a la diversidad y la multiculturalidad, razonamiento crítico, compromiso ético, etc.), 3) competencias sistémicas (aprendizaje autónomo, adaptación a nuevas situaciones, creatividad, liderazgo, iniciativa y espíritu emprendedor, etc.), 4) competencias académicas, 5) competencias disciplinares y 6) competencias profesionales³⁶. Un único juego educativo se puede convertir en una herramienta educativa eficaz, capaz de aunar múltiples capacidades en materia de Derecho. La “Ludoteca jurídica” es una plataforma digital que pretende mostrar tal realidad, siendo posible actualmente acceder a múltiples fichas de juegos educativos.

3. Juegos educativos de la Ludoteca jurídica.

Aunque el contenido de materiales educativos disponibles en la plataforma digital irá aumentando de forma paulatina, actualmente hay disponibles diversos juegos (en la pestaña de “contenido” de la “Ludoteca jurídica”³⁷) —algunos destinados a una rama del Derecho y otros de carácter interdisciplinar—, diseñado por distintos docentes universitarios, que, aplicados de forma correcta, pueden permitir la adquisición de diferentes habilidades y competencias por el alumnado en las aulas universitarias. Entre las fichas educativas de juegos, podemos mencionar las siguientes:

- *Sigue la pista*: “Su título obedece a que consiste en intentar descifrar un concepto de Derecho Financiero y Tributario siguiendo las pistas que proporciona el profesor/a. En concreto, los/as alumnos/as, a través de una competición por equipos y el uso de un timbre digital (mediante dispositivo móvil), intentarán dar la respuesta correcta utilizando el menor número de pistas posible, resultando ganador del juego aquel equipo que antes consiga adivinar el concepto que se pide” (elaborado por la Prof.^a Marina Aguilar Rubio, la Prof.^a Patricia Rubio Díaz y el Prof. Miguel Ángel Luque Mateo).
- *Conceptúa*: “Busca que los alumnos/as aprendan a formar, construir y sintetizar conceptos jurídicos. A través de una competición por equipos y el uso de un cronómetro, los alumnos/as deben definir conceptos jurídicos (sin mencionar palabras tabúes o prohibidas), mientras que sus compañeros/as de equipo deben averiguar de que palabra se trata en un tiempo determinado. Cuantas más palabras averigüen, más puntos consigue el equipo” (elaborado por el Prof. Víctor Bastante Granell).
- *Gametest*: “Se configura como forma de repaso de los conceptos básicos de la asignatura, mediante la realización concurrente y competitiva de un test elaborado mediante la utilización de la herramienta digital *Kahoot*. La innovación frente a los tipos test tradicionales estriba en que los alumnos compiten de forma simultánea mediante el uso de un dispositivo móvil y con un tiempo preestablecido en la respuesta de las preguntas (previamente definido por el profesor). Las preguntas se muestran de forma sucesiva en la pantalla del aula mediante el uso del proyector. Las respuestas correctas son visibles y tras cada contestación en pantalla y en el dispositivo móvil utilizado, lo que permite al alumno/a verificar automáticamente su contestación. La mejor puntuación se establece, no sólo por el acierto de las cuestiones, sino por la mayor rapidez en la contestación. Tras cada pregunta, el sistema ofrece la clasificación automática de los estudiantes mejor situados. Al final del juego se muestra el “Podio” con las tres mejores clasificaciones: oro,

³⁶ “Como han señalado múltiples autores, los juegos serios contribuyen a que los estudiantes desarrollen la aptitud relacional, capacidad de atención múltiple, alta motivación al logro, mayor tolerancia a la frustración, capacidad para tomar riesgos, resolver problemas y tomar decisiones, aprendizaje de la reflexión estratégica, creatividad, cooperación, y sentido de la innovación, entre otras ventajas, todo lo cual es crucial en los tiempos actuales”. RUDA GONZÁLEZ, A. y YOLDI ALTAMIRANO, C. (2014), cit., pág. 4.

³⁷ Disponible en: <https://ludotecajuridica.es/contenido/> [Fecha de consulta: 22/11/2019].

- plata y bronce y la puntuación global obtenida” (elaborado por la Prof. ^a María Luisa Roca Fernández-Castanys).
- *Letra de cambio*: “Dos equipos se enfrentan por conseguir la Letra de cambio de mayor importe. Deben responder correctamente hasta un máximo número de 10 preguntas test sobre Títulos Valores para ir sumando dinero a su Letra. Ante la duda, pueden plantarse. Si se equivocan pierden todo el importe” (elaborado por la Prof.^a Cristina Cano Ortega).
 - *El adivinador*: “Es un juego que consiste en adivinar un concepto jurídico que aparece en la pizarra. Tal concepto deberá ser descubierto por un/a alumno/a (El/la adivinador/a) que se encuentra de espaldas a la pizarra y frente a sus compañeros/as, desconociendo el vocablo escrito. El resto de los alumnos/as, divididos en grupos o de forma individual, (dependiendo del número de alumnado) deberán definir el concepto sin desvelar el nombre del mismo. Puntuará favorablemente el/la alumno/a (o grupo) que adivine el concepto y el que aporte la mejor definición. Cuando el vocablo jurídico sea adivinado, el/la alumno/a dejará su puesto y se incorporará a su grupo (si la clase estuviera dividida por equipos) o, bien, ocupará su sitio de forma individual, asumiendo el rol de adivinador/a el siguiente compañero/a” (elaborado por la Prof.^a Nuria Martínez Sánchez).
 - *Olimpiada procesal*: “Pretende que todos los/as alumnos/as que concursen tengan un conocimiento completo de los distintos procesos a través de los cuales se pueden resolver conflictos. A través de una competición por equipos, con el empleo de un tablero y un dado, los/as alumnos/as han de ir ganando medallas, hasta ganar las olimpiadas del Derecho Procesal. Resultando vencedor el equipo que a la finalización del año académico se mantenga invicto” (elaborado por la Prof.^a Raquel Bonachera Villegas).
 - *Contratlón*: “Dos equipos se enfrentan por ganar una trepidante carrera sobre contratos mercantiles pasando por 3 pruebas distintas. Para la primera tendrán que demostrar sus dotes artísticas dibujando con el objetivo de que sus compañeros adivinen la “parte contractual” de un contrato mercantil. Para la segunda tendrán que realizar un pequeño teatro mudo para que su grupo adivine el nombre del contrato que representan. Y por último, tienen que montar tres puzles contractuales antes que el equipo rival y dentro del plazo de entrega estipulado, el cual habrá aumentado según los aciertos de las dos pruebas anteriores, y adivinando de qué contratos se trata” (elaborado por la Prof.^a Cristina Cano Ortega).
 - *Best Adviser*: “A través de tal juego los/as alumnos/as crearán su propia asesoría jurídica. Mediante un juego competitivo, los equipos irán resolviendo distintos problemas jurídicos dentro de un plazo de tiempo estipulado. Los equipos que vayan resolviendo tales problemas podrán robar clientes a las “asesorías” de la competencia. Se anima a los/as alumnos/as a participar en un juego y ver quien se convierte en el mejor asesor (*Best advisor*) de la clase” (elaborado por el Prof. Víctor Bastante Granell).
 - *TestLex*: “se configura como una forma de iniciar al estudiante a realizar pruebas de conocimiento tipo test mediante la competición con otros equipos de compañeros en clase. Mediante un tiempo máximo de respuesta establecido y saltando al equipo siguiente en caso de error, se va puntuando a cada grupo, ganando aquel que obtenga más puntos. Los test versarán sobre leyes objeto de estudio dentro de la asignatura” (elaborado por el Prof. José Soler Arrebola).
 - *S.A.BUESOS*: “Dos equipos, por turnos, se enfrentan por averiguar el mayor número de palabras posibles relacionadas con el Derecho de sociedades conociendo sólo una pequeña definición y algunas de las letras que componen cada una de ellas en un tiempo limitado. En principio hay un máximo de 10 palabras por equipo, pero pueden aprovechar los rebotes del equipo contrario para acertar más” (elaborado por la Prof.^a Cristina Cano Ortega).
 - *El trovador*: “Su denominación obedece a que consiste en un concurso de relatos sobre Historia del Derecho. En concreto, los/as alumnos/as, a través de una competición por equipos y el uso de un timbre digital (mediante dispositivo móvil), se encargan de narrar y responder a preguntas sobre hechos y acontecimientos históricos sobre Derecho, pudiendo usar comodines y preguntas exprés” (elaborado por el Prof. Víctor Bastante Granell).
 - *Con “C” de concurso*: “Es un juego donde dos equipos se enfrentan por acertar las 10 palabras relacionadas con el Derecho concursal que empieza por una determinada letra. Gana el equipo que dentro de su turno acierte más palabras” (elaborado por la Prof.^a Cristina Cano Ortega).

- *Find Your Partner*: “Encuentra la pareja tiene como objetivo reafirmar los conocimientos adquiridos sobre ciertos términos jurídicos. A través de la competición por equipos los estudiantes deben emparejar los términos jurídicos con su significado, con la institución a la que pertenece o con el artículo donde se regula. Cuantas más parejas se unan, más puntos conseguirá el equipo” (elaborado por la Prof.^a María Angustias Martos Calabrús).
- *Empresa Loca*: “Es un juego de mesa con un tablero compuesto por diferentes casillas por las que el/la alumno/a tiene que avanzar tirando un dado (puede ser mediante dispositivo móvil o uno real), empezando en la primera casilla en la que crea su empresa, y pasando por distintas casillas algunas de las cuales deben responder correctamente a una pregunta para conseguir algún tipo de ventaja o para obtener la menor penalización posible según el caso. Además, los/as alumnos/as cuentan con un dinero inicial para empezar la actividad de la empresa que va a aumentar o disminuir dependiendo del número que saquen en los dados y del dinero que sumen o resten en las casillas especiales. Dentro de cada equipo gana el/la jugador/a que antes llegue a la última casilla y, a su vez, el ganador de todos los equipos será el que habiendo ganado en su equipo haya obtenido el mayor dinero posible” (elaborado por la Prof.^a Cristina Cano Ortega).
- *Triatlón Fiscal*: “Es un juego que, a través de tres pruebas diferentes, pretende que los/as alumnos/as conozcan los conceptos e instituciones básicas del Derecho Financiero y Tributario. Los/as alumnos/as, a través de una competición por equipos y, en dos pruebas del juego, el uso de un timbre digital (mediante dispositivo móvil), intentarán descubrir los conceptos que se ocultan en las diversas pruebas del juego” (elaborado por la Prof.^a Marina Aguilar Rubio, la Prof.^a Patricia Rubio Díaz y el Prof. Miguel Angel Luque Mateo).
- *Search of Courts*: “Búsqueda de Tribunales es un juego de Derecho procesal que consiste en la realización por los alumnos (en equipos) de una especie de gymkhana, en la cual, con la ayuda de diferentes leyes y un mapa, deberán depositar en distintas cajas (que representan los Tribunales), situadas en el campus universitario, una serie de fichas (demandas y recursos) en el menor tiempo posible. De esta lúdica forma, los alumnos aprenderán la importancia de conocer las reglas en materia de competencia dentro de la rama del Derecho Procesal, poniéndose en la piel de un abogado/procurador que debe presentar ciertos escritos en un breve plazo de tiempo” (elaborado por el Prof. Víctor Bastante Granell).
- *Proceso express*: “Pretende que los/as alumnos/as conozcan de una forma rápida y sencilla el desarrollo de un proceso civil declarativo (ordinario). A través de una competición por equipos, los alumnos/as deben ir superando las distintas fases de un juicio ordinario o de un juicio verbal. Para superar cada fase, deben responder correctamente dos preguntas tipo test sobre la fase en la que se encuentren (dependiendo del tipo de proceso ordinario que se tome como base, juicio ordinario o juicio verbal, el juego tendrá 5 fases —demanda, contestación a la demanda, audiencia previa, juicio y sentencia—, o cuatro fases —demanda, contestación a la demanda, vista y sentencia). Gana el equipo que consiga antes el dictado de la sentencia” (elaborado por la Prof.^a Lucía Moreno García).

Dentro de la plataforma digital, accediendo a contenido, concretamente en la sección “Juegos educativos”, el docente puede acceder a las fichas de los distintos juegos para visualizarlas en la pantalla o, bien, para descargarla en PDF. Éstas siguen una misma estructura que pretende exponer, de forma clara y sencilla, los diferentes aspectos del juego educativo para que pueda ser interiorizado y aplicado en las aulas de Derecho. En particular, se sigue la siguiente estructura en cuando al contenido: 1) Título del juego; 2) Autor del juego; 3) Resumen; 4) Tipo de juego (individual, por parejas, por grupos, competitivo, colaborativo, dirigido, interior, exterior, etc.); 5) Fases para su desarrollo en clase (elaboración de materiales, fichas, formación de equipos, etc.); 6) Materiales necesarios para su aplicación en clase; 7) Reglas del juego; 8) Ilustración de la “dinámica” del juego; 9) Tiempo de duración; 10) Competencias y habilidades que se trabajan con el juego educativo³⁸; 11) Formas de valoración/evaluación de los resultados; 12) y, finalmente, una frase que recoge la experiencia del docente que creó y diseñó el juego.

³⁸ Son competencias extraídas de las titulaciones oficiales del Grado de Derecho.

Además, dentro de la plataforma, debajo de la ficha del juego, hay disponible una encuesta que el docente puede remitir a los alumnos para su contestación y, de esta forma, observar el grado de satisfacción con el juego aplicado. Ello, en aras a mejorarlo o efectuar modificaciones que permitan un desarrollo óptimo³⁹.

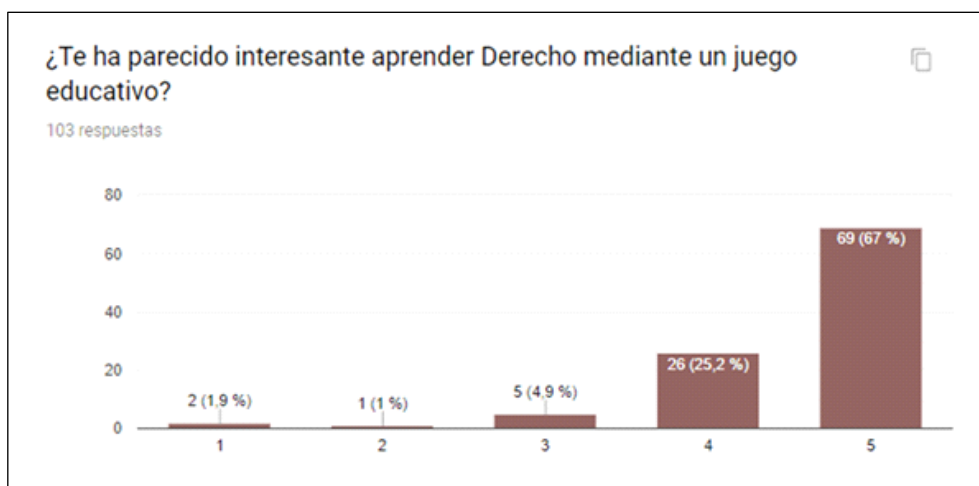


Ilustración nº 2: Formato ficha de juego educativo (Juego “Proceso express”).

La plataforma digital permite al profesorado realizar una encuesta sobre el grado de satisfacción de los alumnos con el juego educativo que se haya empleado en el aula. Actualmente, observando los resultados de ciertas encuestas, puede observarse que existe un alto grado de satisfacción por los estudiantes. En concreto, el formulario recoge las siguientes preguntas: 1) Indica tu nivel de satisfacción con el juego realizado; 2) ¿Te ha parecido interesante aprender Derecho mediante un juego educativo?; 3) ¿Consideras que puede ser útil el uso de juegos para mejorar la motivación de los alumnos?; 4) ¿Te gustaría que se hiciera un mayor uso de juegos educativos en clases de Derecho?; 5) ¿Los profesores suelen utilizar juegos educativos en clase?; 6) ¿Qué hubiera cambiado del juego educativo aplicado en clase?. A modo de ejemplo, respecto al juego “Conceptúa” —creado por el Prof. Víctor Bastante—, tras realizar la encuesta a 103 estudiantes, se han extraído los siguientes porcentajes y conclusiones: 1) El nivel general de satisfacción ha sido de notable y sobresaliente; 2) A más del 70% del alumnado le ha parecido interesante aprender Derecho a través de un juego educativo; 3) El 80% de los estudiantes considera

³⁹ En dicha encuesta se preguntan las siguientes cuestiones: Nivel de satisfacción con el juego realizado; si ha resultado interesante aprender Derecho mediante un juego educativo; si, tras la experiencia docente, se considera que puede ser útil el uso de juegos para mejorar la motivación de los/as alumnos/as; si a la persona le gustaría que se hiciera un mayor uso de juegos educativos en clases de Derecho; si los profesores/as suelen utilizar juegos educativos en clase; o, bien, qué hubieran cambiado del juego educativo.

útil aplicar la “gamificación como metodología complementaria; 4) El 98% de los encuestados demanda un mayor uso de dicha técnica en las aulas; y, por último, 5) los alumnos manifiestan que dicha metodología apenas — por no decir nunca— es utilizada por otros profesores.



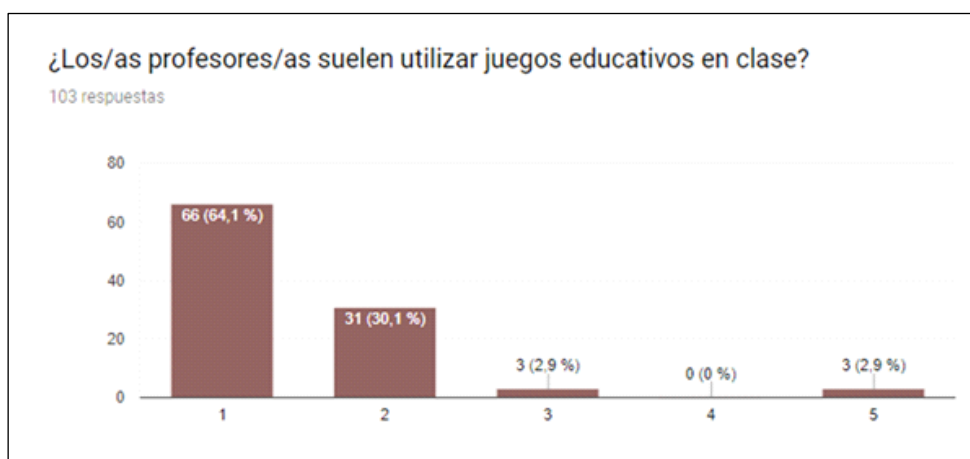
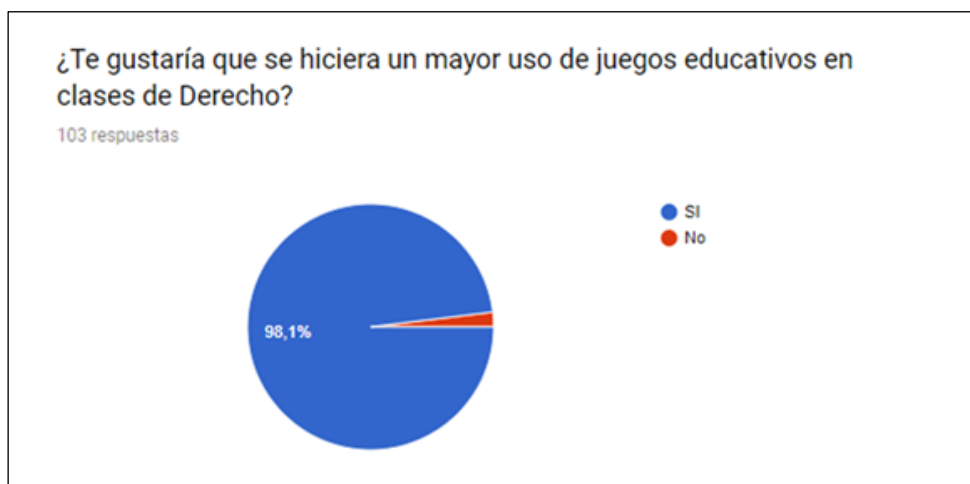


Ilustración nº 3: Resultados encuesta de satisfacción del juego “Conceptúa”. Las preguntas debían ser respondidas valorando de 1 a 5, siendo 1 la mínima puntuación y 5 la máxima puntuación.

4. Formas de colaboración: Hacia una red nacional sobre “gamificación” en Derecho.

La “Ludoteca jurídica” pretende convertirse en una plataforma digital que sirva como “banco de materiales didácticos” en materia de “gamificación” en Derecho. De este modo, los profesores interesados podrán remitir juegos que hayan creado, siguiendo ciertas normas de estilo, y que, tras su revisión, serán maquetados para aparecer en la página web, con su pertinente ficha y encuesta de valoración. Se trata de una forma de colaborar con la creación de materiales, particularmente juegos educativos, para que sean utilizados por otros docentes en otras Universidades.

Actualmente, la plataforma digital establece diversas formas de colaboración para fomentar la “gamificación” en las disciplinas jurídicas. Si se trata de un docente universitario de alguna disciplina jurídica, creativo e innovador, la plataforma le anima a crear —o adaptar— tu propio juego educativo. Para ello, debe acceder a la pestaña “colabora” de la “Ludoteca jurídica”⁴⁰ y elegir la forma de colaboración:

⁴⁰ Disponible en el siguiente enlace web: <https://ludotecajuridica.es/colabora/> [Fecha de consulta: 15/09/2019].

1. *Colaboración individual*: El docente de forma individual, siguiendo los pasos disponibles en la página web, podrá remitir su juego (o juegos) para su revisión, aceptación y publicación en la plataforma digital. También es posible colaborar de forma colectiva a través de proyectos de innovación docente.
2. *Colaboración con proyecto de innovación docente (intrauniversitario)*: El docente puede solicitar un proyecto de innovación docente (o de materiales didácticos) en su Universidad sobre “gamificación en Derecho”, contando con compañeros/as de su Facultad y publicar los resultados —o parte de ellos— en la plataforma educativa.
3. *Colaboración con proyecto de innovación docente (interuniversitario)*: El docente puede solicitar un proyecto de innovación docente (o de materiales didácticos) en su Universidad sobre “gamificación en Derecho”, contando con compañeros/as de su Facultad y miembros del equipo de la “Ludoteca jurídica”, publicando los resultados —o parte de ellos— en nuestra plataforma educativa. De esta forma, se fomenta la colaboración y la innovación docente entre Universidades. En tal caso, el equipo de la “Ludoteca jurídica” estará a disposición —prestando ayuda y consejos— de los docentes para solicitar un proyecto de carácter interuniversitario.

Las últimas formas de colaboración persiguen crear una “Red nacional de proyectos sobre gamificación del Derecho”. Ya se colabore de forma individual o colectiva, los docentes que participen aparecen en la página web como profesores colaboradores. De tratarse de colaboración colectiva, aparecerá asimismo un listado de los proyectos desarrollados en materia de “gamificación”. La revolución de los juegos ha llegado a Derecho, debiendo observar su efectividad en la educación superior.

5. Fomento de la educación 3.0 en Derecho.

La “Ludoteca jurídica” no se olvida de la importancia de la Educación 3.0, es decir, de las herramientas y recursos educativos que ponen a nuestra disposición las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (*TIC*). El sistema educativo no debe ser indiferente a estos avances tecnológicos. Hoy día, comienza a hablarse de la “Educación 3.0” como un “nuevo modelo educativo” basado en la incorporación de las herramientas y recursos digitales a las aulas. A diferencia del sistema tradicional, este nuevo modelo de aprendizaje resulta “más interactivo, participativo y creativo” para el alumnado⁴¹.

Somos conscientes de las ventajas que ofrecen las *TIC*. Por ello, la “Ludoteca jurídica” promueve el uso de los recursos digitales educativos en la enseñanza de disciplinas jurídicas. Por esta razón, en la pestaña “Contenido” de la plataforma digital se facilita información sobre algunas de las herramientas digitales que pueden aplicarse para enseñar Derecho. Actualmente, la página web facilita información y acceso directo a ciertos recursos digitales, como “Kahoot!”, “Socrative”, “Quizziz” o “Plickers”⁴². No obstante, con el tiempo se irán incorporando otros recursos relacionados con la educación

⁴¹ Así lo señala la plataforma digital REDEM. Red Educativa Mundial. (2017), en el artículo titulado “Educación 3.0: Usos de las redes sociales en el aula. Ventajas y desventajas”. [Recurso en línea] <https://www.redem.org/educacion-3-0-usos-de-las-redes-sociales-en-el-aula-ventajas-y-desventajas/> [fecha de consulta: 29/11/2019].

⁴² <https://ludotecajuridica.es/categoria/educacion-3-0/> [Fecha de consulta: 29/11/2019].

3.0. Tales herramientas digitales permiten al docente elaborar cuestionarios de evaluación para que los alumnos, a través de Internet y el uso de sus dispositivos electrónicos — *tablets*, teléfonos móviles, portátiles, etc.—, o incluso mediante tarjetas con código QR, puedan realizarlos de forma instantánea, al tiempo que aprenden una materia jurídica con entretenimiento. Dada su operatividad, pueden aplicarse en diferentes contextos educativos. En particular, se pueden utilizar para evaluar o repasar conocimientos, realizar *feedbacks* tras impartir una clase —jornada, seminario, taller o curso— para observar el grado de comprensión e, incluso, como herramientas para crear o realizar algún juego educativo (así se puede observar en el juego educativo titulado “Gametest” de la Prof.^a María Luisa Roca).

Cada vez más docentes se muestran partidarios de emplear estas herramientas digitales en las aulas de Derecho, pues son evidentes los beneficios que su uso reporta (entre otras ventajas, aumenta la atención del alumnado, mejora el aprendizaje y potencia la motivación por la asignatura)⁴³. De hecho, se convierten en herramientas eficaces para valorar el grado de comprensión y atención del alumnado, para evaluar sus conocimientos, favorecer la autonomía y participación de los estudiantes, cambiar el proceso habitual de enseñanza-aprendizaje, ampliar las destrezas y las competencias tecnológicas, etc. Si bien, la educación 3.0 debe ser un complemento de las clases, nunca un sustituto. Aun así, debemos ser conscientes de la entrada del “mundo digital” en las aulas de Derecho.



Ilustración nº 4: Plataformas para educación 3.0.

⁴³ Es tal la importancia que el uso de estos recursos digitales está adquiriendo en la Enseñanza Superior que, hoy día, no es raro encontrar trabajos sobre la incorporación de estas herramientas en asignaturas jurídicas. Así, pueden verse, entre otros: MARTÍN CARABALLO, A. M., HERRANZ PEINADO, P. y SEGOVIA GONZÁLEZ, M. M. (2017), “Gamificación en la educación, una aplicación práctica con la plataforma Kahoot”, *Anales de ASEPUMA*, Nº 25, disponible en acceso abierto en www.dialnet.unirioja.es; y CARRIZOSA, E. (2017), “Introducción de la gamificación en la docencia. Cuestionarios interactivos con Kahoot”, en DELGADO GARCÍA, A. M.^a y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Las TIC y las buenas prácticas en la docencia del Derecho*. Barcelona: Huygens Editorial.

6. Presente y futuro de la Ludoteca jurídica.

Pese a que se trata de un proyecto educativo reciente, la plataforma digital “Ludoteca jurídica” ofrece actualmente diversos recursos educativos. En primer lugar, como hemos indicado anteriormente, pone a disposición de los docentes diversas fichas ilustrativas de juegos educativos que pueden aplicarse en clase para enseñar Derecho. Hasta el momento, se han publicado quince juegos sobre distintas disciplinas jurídicas —o, en su caso, de carácter interdisciplinar—; y, en los próximos meses, se irán incorporando otros nuevos⁴⁴, remitidos por docentes de diversas universidades. En segundo lugar, la “Ludoteca jurídica” cuenta con una pestaña sobre “Exámenes tipo test”, a través de la cual tanto profesores como alumnos pueden acceder a cuestionarios sobre distintas materias jurídicas. El objetivo es crear un banco de cuestionarios-test sobre materias de diversas disciplinas jurídicas (Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Procesal, Derecho Administrativo y Derecho Financiero y Tributario). A la fecha de finalización de este trabajo, se encuentran ya disponibles diversos cuestionarios sobre Derecho Civil⁴⁵; y, de forma paulatina, se irán publicando otros cuestionarios sobre otras materias y/o disciplinas jurídicas. Estos cuestionarios pueden utilizarse por profesores y alumnos. El docente puede usarlo como actividad a desarrollar en clase o como una tarea complementaria a realizar en casa. En tercer lugar, el profesorado puede conocer recursos digitales a través de la pestaña “Educación 3.0”, con la finalidad de acercar el mundo digital a las aulas de Derecho. Y, por último, la “Ludoteca jurídica” también dispone de una pestaña sobre “Publicaciones”, en la que se puede encontrar un “Blog” —en el que se publica información sobre la plataforma digital, la gamificación y la innovación docente—⁴⁶, y otro apartado sobre publicaciones de “Actividades” —para informar sobre las actividades realizadas con el alumnado, y la presentación de la “Ludoteca jurídica” en congresos y seminarios—⁴⁷.

Dada la reciente publicación de la plataforma *online* —el 13 de mayo de 2019—, el contenido presente irá aumentando en el futuro y, asimismo, se irán añadiendo nuevas pestañas con fines educativos. En este sentido, cabe señalar que la “Ludoteca jurídica” recogerá una pestaña titulada “Aula práctica”, en la que se publicarán casos prácticos de distintas disciplinas jurídicas. Si bien, las oportunidades en el ámbito educativo son infinitas, por lo que será el tiempo, así como la labor, compromiso y creatividad del profesorado colaborador, los elementos que marquen el desarrollo futuro de la plataforma digital.

Por el momento, la acogida por el profesorado ha sido bastante positiva. Actualmente, la “Ludoteca jurídica” cuenta con más de sesenta profesores colaboradores, de distintas universidades españolas y disciplinas jurídicas, que colaboran en la elaboración de los referidos cuestionarios tipo test. Asimismo, diversos docentes ya han manifestado su interés en solicitar un proyecto de innovación docente sobre “gamificación” en sus respectivas Universidades, relacionado con la plataforma digital. Esto último será decisivo para la creación de una “red nacional de proyectos” sobre dicha metodología docente en el ámbito del Derecho. En la pestaña “Equipo” se mostrarán los profesores

⁴⁴ Sobre los juegos educativos de la “Ludoteca jurídica”, véase lo dispuesto en el apartado 3 de este trabajo.

⁴⁵ Disponibles en: <https://ludotecajuridica.es/curso/derecho-civil/> [Fecha de consulta: 29/11/2019].

⁴⁶ Puede accederse al Blog a través del siguiente enlace: <https://ludotecajuridica.es/categoria/blog/> [Fecha de consulta: 29/11/2019].

⁴⁷ Las publicaciones sobre las “Actividades” se encuentran en el siguiente enlace: <https://ludotecajuridica.es/categoria/actividades/> [Fecha de consulta: 29/11/2019].

colaboradores y, además, los proyectos de innovación docente o de materiales didácticos relacionados con la plataforma digital.

Dicho lo anterior, y para concluir, indicar que ciertamente la “gamificación” es una metodología docente de escaso uso en las aulas universitarias de Derecho. Existen pocos estudios exhaustivos sobre el empleo de dicha técnica de enseñanza en el ámbito de las ciencias jurídicas —ventajas, inconvenientes, formas de instauración, etc.—. La “Ludoteca jurídica” es una plataforma digital que nace como “experimento educativo”, con la finalidad de crear un entorno *online* que fomente la “ludificación” en clases de Derecho. Será, pues, el tiempo y su aplicación por el profesorado quienes nos muestren sus posibles beneficios y/o desventajas, la llegada de nuevas experiencias educativas complementarias e, incluso, su instauración como técnica de aprendizaje común. Si bien, lo más relevante es que constituye la “chispa” capaz de encender la creatividad de los docentes, así como la motivación y actitud de los estudiantes; y, en consecuencia, una fórmula innovadora distinta para la enseñanza del Derecho. No olvidemos, como señalaba Albert Einstein en una frase célebre, que “el juego es la forma más elevada de la investigación”. Siendo así, puede que sea el momento de potenciar el rol de “gamificadores”.

Bibliografía.

- ALEJALDRE DIEL, L. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. M.^a. (2015), “Gamificar: el uso de los elementos del juego en la enseñanza del español”, en *Congreso La cultura hispánica: de sus orígenes al siglo XXI*. Publicaciones de la Asociación Europea de Profesores de Español. (En línea)
https://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/aepe/congreso_50.htm.
- BARBOSA GONZÁLEZ, A., RAPOSO RIVAS, M. y MARTÍNEZ FIGUEIRA, E. (2018). “Recursos para analizar el diseño y puesta en práctica de la gamificación en el aula”, en LÓPEZ-MENESES, E., COBOS-SANCHIZ, D., MARTÍN-PADILLA, A., MOLINA-GARCÍA, L. y JAÉN-MARTÍNEZ, A.: *Experiencias pedagógicas e innovación educativa: Aportaciones desde la praxis docente e investigadora*. Barcelona: Octaedro, págs. 843-852.
- BORRÁS GENÉ, O. (2015), *Fundamentos de la gamificación*. Madrid: Gabinete de Tele-Educación de la Universidad Politécnica de Madrid.
- CARRIZOSA, E. (2017), “Introducción de la gamificación en la docencia. Cuestionarios interactivos con Kahoot”, en DELGADO GARCÍA, A. M.^a y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Las TIC y las buenas prácticas en la docencia del Derecho*. Barcelona: Huygens Editorial.
- CONTRERAS ESPINOSA, R. S. (2016), “Elementos de juego y motivación: reflexiones entorno a una experiencia que utiliza gamificación en una asignatura de grado para game designers”, en CONTRERAS, R. S. y EGUÍA, J. L.: *Gamificación en aulas universitarias*. Bellaterra: Institut de la Comunicació, Universitat Autònoma de Barcelona.

- CONTRERAS ESPINOSA, R. S. y EGUÍA, J. L. (2016), “Gamificación en aulas universitarias”, en CONTRERAS, R. S. y EGUÍA, J. L.: *Gamificación en aulas universitarias*. Bellaterra: Institut de la Comunicació, Universitat Autònoma de Barcelona.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A. (2017), “Serious games y gamificación, ¿en qué se diferencian?”, entrada publicada en El Blog de Gestación; disponible en <https://blog.gestazion.com/>.
- GÓMEZ GARCÍA, I. (2015), “Gamificación como recurso de la ingeniería en comunicación social”, *Revista ‘Razón y Palabra’*, N° 90.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. S. y MORA CARREÑO, A. (2014). “Propuesta metodológica de gamificación en la enseñanza técnica superior”, en *Actas del XVI Simposio Internacional de Informática Educativa (SIIE’ 14): Acceso masivo y universal para un aprendizaje a lo largo de la vida*. Logroño: UNIR-Universidad Internacional de La Rioja.
- GUTIÉRREZ-ARTACHO, J. y OLVERA LOBO, M. D. (2017). “Gamificación para la adquisición de competencias en la educación superior: el caso de la traducción e interpretación”, en PADILLA CASTILLO, G.: *Aulas virtuales, fórmulas y prácticas*. Madrid: McGraw Hill.
- GRAU, J. (2016), “La diferencia entre gamificación y serious game”, entrada publicada en www.beprimsa.com.
- HUNTER, D. y WERBACH, K. (2014), *Gamificación. Revoluciona tu negocio con las técnicas de los juegos*. Madrid: Perarson.
- LÓPEZ LAGO, N. (2016), “Cómo aplicar la gamificación o ludificación educativa en el aula”, en el *Blog CEAC del Grupo Planeta Formación y Universidades*; disponible en www.ceac.es/blog/.
- LOZADA ÁVILA, C. y BETANCUR GÓMEZ, S. (2017). “La gamificación en la educación superior: una revisión sistemática”, *Revista Ingenierías Universidad de Medellín*, vol. 16, N°. 31 págs. 97-124.
- MARTÍN CARABALLO, A. M., HERRANZ PEINADO, P. y SEGOVIA GONZÁLEZ, M. M. (2017), “Gamificación en la educación, una aplicación práctica con la plataforma Kahoot”, *Anales de ASEPUMA*, N° 25.
- RODRÍGUEZ, F. y SANTIAGO, R. (2015), *Gamificación: cómo motivar a tu alumnado y mejorar el clima en el aula*. Madrid: Digital-Text. Grupo Océano.
- RUDA GONZÁLEZ, A. y YOLDI ALTAMIRANO, C. (2014). “Aprender jugando. Experiencias de aprendizaje mediante juegos en la Facultad de Derecho de la UdG”, *Revista CIDUI*, N° 2.

- SÁNCHEZ APARICIO, J. C. (2016), “Gamificación, gamification, ludificación... ¿cómo me llamo?”, entrada publicada en el blog ‘El diario de Snackson’; disponible en www.snackson.com.
- TEIXES, F. (2014), *Gamificación: Fundamentos y aplicaciones*. Barcelona: UOC Business School.

LA BASE DE DATOS DE RESOLUCIONES DE CONSULTAS TRIBUTARIAS COMO HERRAMIENTA DE INNOVACIÓN DOCENTE¹

The database of tax reference resolutions as a teaching innovation tool

Recibido: 26 de junio de 2019
Aceptado: 11 de noviembre de 2019

Norberto Miras Marín
Dr. Derecho Financiero y Tributario
norberto.miras@um.es
Universidad de Murcia

RESUMEN

El presente artículo versa sobre la utilización como instrumento de innovación docente de la base de datos de resoluciones de consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos, de fácil accesibilidad por su desarrollo informatizado *on line* y con un poderoso motor de búsqueda basado en el software de gestión de bibliotecas *Knosys*. El objetivo último será determinar la actitud del alumnado frente a la utilización de la base de datos en las clases. El estudio se divide en tres bloques: el primero, dedicado al régimen jurídico de las consultas tributarias; otro gran apartado, relativo a la utilización de la herramienta por parte de los alumnos o profesionales en general; y un último apartado, donde se centra el objeto de estudio, dedicado al valor que puede tener esta herramienta de cara a la mejora de la enseñanza del Derecho financiero y tributario.

PALABRAS CLAVES

Derecho tributario, base de datos, e-government, innovación educativa.

ABSTRACT

This paper deals with the use as a teaching innovation tool of the database of collaboration queries of the General Directorate of Taxes, of easy accessibility for its computerized development online and with a powerful search engine based on the management software of *Knosys* libraries. The ultimate goal will be to determine the attitude of students against the use of the database in the classes. The study is divided into three blocks: the first, dedicated to the legal regime of tax consultations; another large section, relating to the use of the tool by students or professionals in general; and a last section, where the object of study is focused, dedicated to the value that this tool can have in order to improve the teaching of financial and tax law.

KEYWORDS

Tax Law, database, e-government, educational innovation.

¹ Este artículo se enmarca dentro los materiales generados en la estancia de investigación realizada en la Universidad de Málaga, en la línea de investigación de derecho de la informática.

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Aproximación al régimen jurídico de las consultas tributarias de la Dirección General de Tributos. 2.1. Delimitación conceptual, caracteres y efectos. 2.2. La presentación de las consultas tributarias. 3. La base de datos de consultas tributarias. 3.1. Introducción a la base de datos *Knosys* de la Dirección General de Tributos. 3.2. Evolución de la base de datos. 3.3. Los operadores de la base de datos. 4. La utilización como herramienta de innovación docente de la base de datos de consultas tributarias. 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. Consideraciones previas.

La Dirección General de Tributos (DGT, en lo sucesivo), en desarrollo del artículo 85.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), que señala que las actividades de información y asistencia de la administración tributaria se instrumentarán, entre otras formas, a través de las contestaciones a consultas escritas, elaboró unos compendios de las referidas resoluciones, que con el tiempo, por su grosor, fueron denominados cariñosamente como los libros gordos de «petete». Para agilizar la publicación y el tratamiento de estos datos, la información se informatizó, creando dicha Dirección General, una base de datos de carácter pionero e innovador.

En la actualidad dicha base de datos se encuentra en línea en el portal del Ministerio de Hacienda, y tiene un indudable valor docente porque sistematiza valiosa información que ayuda al alumno a conocer el criterio de la Administración respecto de ciertos aspectos de la aplicación de los tributos que pueden resultar dudosos.

La base de datos de resoluciones de consultas vinculantes de la DGT se configura en un verdadero «digesto» del ámbito tributario, de fácil accesibilidad por su desarrollo informatizado *on line* y con un poderoso motor de búsqueda basado en el *software* de gestión de bibliotecas *Knosys*.

Los objetivos del presente estudio comprenden la delimitación de la figura de la resolución a las consultas vinculantes, el procedimiento telemático de presentación de consultas, el análisis de la base de datos y su evolución en el tiempo y el estudio de los comandos para operar con ella y, por último, de la recepción por el alumnado como resultado de su utilización en clases prácticas la asignatura fiscalidad empresarial.

2. Aproximación al régimen jurídico de las consultas tributarias de la Dirección General de Tributos.

El objeto de estudio de este artículo es la base de datos de resoluciones de consultas tributarias, pero a modo de somera introducción, se incluye el presente epígrafe con la estructura básica de esta institución jurídica, así como del trámite de presentación.

2.1. Delimitación conceptual, caracteres y efectos.

Define VILLAVERDE GÓMEZ la consulta tributaria como: «el derecho de cualquier obligado tributario a solicitar por escrito a la Administración tributaria competente que ésta le informe, también por escrito, acerca de cuál es la interpretación administrativa de

las normas tributarias aplicables a un caso concreto que le afecta, quedando la Administración actuante vinculada respecto de la contestación facilitada»².

Como expresión legal del concepto, los artículos 88 y 89 LGT y su desarrollo reglamentario en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Real Decreto 1.065/2.007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGI, en adelante), señalan que los obligados tributarios podrán formular a la Administración tributaria consultas para conocer el criterio de la misma respecto de la aplicación de ciertos aspectos de las normas que pueden suscitar equívocos y, en general, respecto del régimen, clasificación o calificación tributaria que en cada caso les corresponda.

Es posible colegir los caracteres de las citadas consultas tributarias extrayéndolos del concepto antes reseñado³.

En primer lugar, el artículo 88 LGT establece que las consultas tributarias pueden ser planteadas por cualquier obligado tributario con un interés legítimo, e incluso por determinados colectivos legitimados. Así, podrán formular consultas tributarias los colegios profesionales, cámaras de comercio, patronales, sindicatos, asociaciones de consumidores, asociaciones o fundaciones en interés de personas con discapacidad, asociaciones empresariales y colegios profesionales. También las federaciones que agrupen a los referidos entes, cuando la materia tributaria tratada afecte a la generalidad de sus miembros.

Asimismo, pueden realizar consultas los potenciales obligados tributarios, previamente a que se produzca el presupuesto de hecho y siendo previsible que acontezca, tal y como se señala en el artículo 66.1.b) RGGI⁴.

Por otra parte, su resolución compete a los órganos de la Administración tributaria que tengan atribuida la potestad interpretativa⁵. Y, territorialmente, se han establecido unas reglas de distribución competencial entre las Comunidades Autónomas y el Estado, cuando nos hallemos ante tributos cedidos⁶. Por tanto, la competencia de resolución no solo pertenece a un único órgano. Esta asignación es respetuosa con el carácter de legislación básica del artículo 88.5 LGT, consecuencia de la competencia para el estudio,

² VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., “Un supuesto de interpretación de las normas tributarias: los efectos jurídicos de las contestaciones a consultas”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n. 1, 2013, p. 687.

³ Seguimos, para la enumeración de caracteres, la clasificación realizada por ADAME MARTÍNEZ, F. D., en “Naturaleza jurídica y efectos de las contestaciones a consultas tributarias”, *Crónica tributaria*, n. 119, 2006, p. 10 y VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., en op. cit., p. 688.

⁴ El meritado artículo indica que el escrito de iniciación del procedimiento de consulta debe incluir la «manifestación expresa de si en el momento de presentar el escrito se está tramitando o no un procedimiento, recurso o reclamación económico-administrativa relacionado con el régimen, clasificación o calificación tributaria que le corresponda planteado en la consulta, salvo que esta sea formulada por las entidades a las que se refiere el artículo 88.3 de la LGT».

⁵ Véase el artículo 88.5 LGT.

⁶ El artículo 55.2.a) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Indica este artículo 55.2. que «No son objeto de delegación las siguientes competencias: a) La contestación de las consultas reguladas en los artículos 88 y 89 de la LGT, salvo en lo que se refiera a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias».

elaboración y propuesta por parte de las Comunidades Autónomas, respecto al sistema de financiación⁷.

En referencia a sus efectos, serán vinculantes para los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos en el presupuesto de hecho del consultante. Dicha vinculación se establece únicamente para las Administraciones. Los obligados tributarios tienen la libertad de aplicar el criterio contenido en la resolución o cualquiera que consideren más fundado⁸.

La LGT de 1963 diferenciaba las consultas vinculantes y consultas no vinculantes. Así, las consultas se calificaban según si producían efectos vinculantes o no. A las vinculantes se las calificaba como actos administrativos; sin embargo, a las no vinculantes se les revestía de un carácter meramente informativo. En la actualidad, este debate es trascendente porque, desde la entrada en vigor de la «nueva» LGT, regulada por la Ley 58/2003, se les atribuyen efectos vinculantes a todas las resoluciones a consultas tributarias, si cumplen los requisitos legales. Se mantienen aquellas que la antigua LGT denominaba «consultas generales» en un apartado de la base de datos⁹.

Con respecto a la extensión de efectos de una contestación a otros obligados tributarios, la LGT extiende el efecto vinculante a cualquier obligado, siempre que exista identidad entre los hechos y circunstancias de dicho obligado y los que se incluyan en la contestación a la consulta¹⁰.

Debemos, para subrayar esta extensión de efectos a terceros, mencionar la conexión con la previsión del artículo 179 LGT en su apartado 2. d)¹¹.

Asimismo, el artículo 179.2. LGT, señala: «Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos: (...) d)... si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y éstos no hayan sido modificados». Para VILLAVERDE GÓMEZ esta exoneración de responsabilidad no actúa únicamente en el plano sancionador tributario, sino que es posible la extensión al ámbito penal de responsabilidad de las actuaciones sobre la base de una consulta tributaria, porque derivaría una ausencia de culpabilidad, por haber incurrido en error invencible de prohibición¹².

⁷ CHAMS EL DIN DELGADO, J. A., “Información y asistencia a los obligados tributarios: Las consultas vinculantes”, *Hacienda Canaria*, n. 10, 2004, p. 180.

⁸ MARTÍNEZ GINER, L. A., “Las consultas vinculantes en el marco de una inspección tributaria: una propuesta sobre la base de la solución del derecho alemán”, *Revista de información fiscal*, n. 61, 2004, p. 28.

⁹ FALCÓN Y TELLA, R., nos relata este cambio en “El carácter vinculante de la doctrina sentada al resolver consultas tributarias y reclamaciones económico-administrativas”, *Quincena fiscal*, n. 19, 2004, pp. 5-8.

¹⁰ A este respecto, en el estudio de qué se entiende por «identidad entre los hechos y circunstancias», se puede abundar en el artículo de FERNÁNDEZ PAVÉS, M. J., “La nueva regulación aplicable a las consultas con contestación vinculante”, *Revista de información fiscal*, n. 24, 1997, pp. 7-30.

¹¹ MENÉNDEZ MORENO, A., “De la anécdota a la categoría: (a propósito de las consultas vinculantes y del régimen de estimación objetiva)”, *Quincena fiscal*, n. 12, 2014, p. 12.

¹² VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., op. cit., p. 700.

Por último, indicar que las contestaciones no son recurribles, por expreso mandato del artículo 89.4 LGT, aunque sí lo son a través de los actos de aplicación que recojan sus criterios interpretativos.

2.2. La presentación de las consultas tributarias.

Las consultas tributarias escritas se formularán –artículo 88.2 LGT–, mediante escrito dirigido al órgano competente para su contestación, la DGT. En el referido escrito deberá identificarse al consultante, explicar el caso y concretar la cuestión planteada. Asimismo, se acompañará la documentación necesaria¹³.

Lo usual en la actualidad es la presentación de la consulta rellenando un formulario electrónico en la página web de la DGT en el portal del Ministerio de Hacienda. Existe, además, la obligación acompañar el formulario de datos complementarios específicos en formato PDF. La presentación en el registro electrónico será conforme a lo que se establece en el artículo 16.4.a) de la Ley 39/2015, es decir, se realizará en el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos del Estado, Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional.

La Administración tributaria competente deberá contestar por escrito las consultas en el plazo de seis meses desde su presentación. La falta de contestación en dicho plazo no implicará la aceptación de los criterios expresados en el escrito de la consulta. Por propia experiencia se puede afirmar que hay tendencia a agotar el plazo.

La presentación y contestación de las consultas no interrumpirá los plazos establecidos en las normas tributarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias –artículo 89.3 LGT–.

3. La base de datos de consultas tributarias.

El presente epígrafe es un estudio de la parte técnica de la base de datos de consultas tributarias, que incluye su evolución y su manera de operar.

3.1. Introducción a la base de datos *Knosys* de la Dirección General de Tributos.

Como hemos señalado en el epígrafe de cuestiones previas, la compilación de resoluciones de consultas tributarias se hizo muy voluminosa y, por tanto, casi inmanejable –de ahí su apodo de «petete»–. Para dar solución a este problema, a mediados de la década de los noventa, se utilizaron medios informáticos. Por aquel entonces, *Knosys* –un sistema de gestión documental– era, con mucha diferencia, el *software* más extendido en las bibliotecas de nuestro país¹⁴. Se trata de un programa de gestión de base de datos que puede manejar registros textuales con información estructurada mediante campos. Dado que la extensión de tales campos es variable, también es posible utilizarlo como sistema de gestión de documentos de texto completo, ya sea importando

¹³ CHECA GONZÁLEZ señala que si no se aporta información, como ocurre en muchos casos, la DGT incluye verdaderas cláusulas de estilo en las cuales manifiesta que el criterio se configura conforme a los hechos y documentos aportados. CHECA GONZÁLEZ, C., “Acerca del procedimiento administrativo de elaboración de las normas tributarias. Aportaciones de los órganos consultivos sobre técnica normativa”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, n. 30, 2009, p. 262.

¹⁴ Sobre los albores de *Knosys* se ha consultado, BOTELLA BONILLA, E.; LUENGO MARQUINA, J. C.; ALVAREZ, M. I., *Knosys, aplicaciones de bases de datos documentales en la enseñanza*, Ministerio de Educación y Ciencia, 1990.

directamente los documentos o creándolos con su propio editor¹⁵. A todo esto, se unió, posteriormente, la capacidad de publicar una interfaz web para su acceso *on line*.

3.2. Evolución de la base de datos.

Podemos dividir la evolución de la base de datos en tres etapas: una primera, en la que el programa de gestión y la base de datos, se distribuían en CD; una segunda, que abarca desde principios del dos mil hasta el verano del año 2015, en la que el acceso se produce *on line*; y una tercera, en la que estamos, en la que se modifica el *software*, volcando los registros a una base de datos más potente y utilizando páginas dinámicas de última generación en la interfaz *web*.

Es preciso desarrollar lo que ocurrió en este punto, porque la modificación de la operativa *on line*, ocurrida en 2015, tenía sus beneficios, pero también sus inconvenientes.

En ambas se parte de la página web del Ministerio de Hacienda, que nos posibilita la presentación telemática de una consulta que queramos realizar y se nos enlaza a la normativa de referencia. También se nos muestran los enlaces a la Base de Datos de Consultas, tanto generales, como vinculantes.

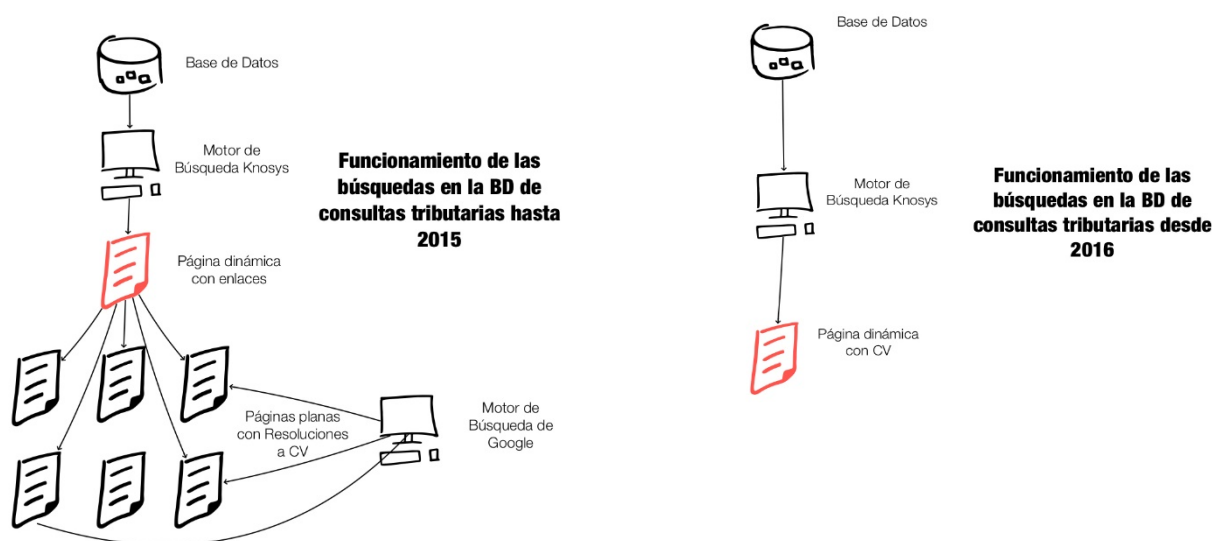
Si accedemos a la Base de Datos, nos encontramos con un formulario con los siguientes campos: NUM-CONSULTA, FECHA-SALIDA, NORMATIVA, CUESTION-PLANTEADA, DESCRIPCION-HECHOS, TEXTO LIBRE.

Hasta 2015 se podía realizar la búsqueda utilizando el mismo motor de búsqueda de *Knosys*, que es robusto, pero, por entonces, la implementación web no era demasiado buena y el motor de búsqueda no era muy flexible. Por ejemplo, si hacíamos una búsqueda rápida, de consultas relacionadas con «impuesto sobre sucesiones excesos de adjudicación», utilizando el campo TEXTO LIBRE o DESCRIPCION-HECHOS. El resultado era: «no se encontraron documentos». Lo cual era bastante descorazonador. Era imposible que no existieran consultas vinculantes con esos términos, convendréis conmigo. El motor de búsqueda de *Knosys* no encontraba búsquedas tan abiertas, con lo que había que filtrar más la búsqueda y perderíamos un tiempo precioso.

Lo bueno es que hasta 2015, el sistema *Knosys* no funcionaba completando las variables incrustadas en el HTML dinámico, sino que se generaban las páginas consultas individuales en HTML plano a las que se accedía mediante una página de enlaces dinámica. ¿Qué significa esto? Que podíamos utilizar para realizar las búsquedas el mejor motor de búsquedas, Google, dado que las páginas de consultas eran mero texto HTML, que se indexaban por los *bots* de Google.

Así, hasta 2015, para hacer las búsquedas en la base de datos de consultas vinculantes se podía utilizar Google, con el comando «*site:*» para apuntar a la web y se encontraban resultados que el software propietario de *Knosys* no encontraba. De igual modo, se podían utilizar otros comandos, además, como el filtrado de resultados del último mes o del último año, que resultan muy cómodos para las búsquedas.

¹⁵ La potencia del editor combinada con la de la base de datos fue una razón de peso para su adopción, como se señala en la introducción del libro FERNÁNDEZ CORRAL, B.; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., *Base de datos Knosys*, Bilbao: Tekel, D.L., 1992.



Como se puede observar las operativas son diferentes, no es posible utilizar un motor de búsqueda externo, lo cual restringe posibilidades; ahora bien, es posible, que el coste de mantenimiento sea menor y la organización superior, al no tener generada tanta página en texto plano, sino solamente una dinámica que se modifica por búsqueda.

3.3. Los operadores de la base de datos.

Centrándonos en el motor de búsqueda de *Knosys* –que como hemos visto es la única opción actual–, se nos presenta la posibilidad de realizar búsquedas más certeras con el aprendizaje de ciertas técnicas, operadores y comandos.

El software de gestión *Knosys* siempre destacó por tener un lenguaje de búsqueda (query) muy potente, que permite realizar búsquedas utilizando palabras o frases, sin necesidad de comandos que entorpezcan la operatividad para los no informáticos. Además, las palabras o las frases se pueden combinar mediante los tres operadores booleanos clásicos (AND, OR, NOT en su versión de programación, Y, O y .NO). Y soporta operadores de proximidad y delimitadores, que pueden ser de gran utilidad a la hora de interrogar a la base de datos¹⁶.

Knosys también acepta truncamientos (*) para que la base de datos te devuelva todos los posibles finales de una expresión. Por ejemplo, utilizando como pregunta <contrib*>, el sistema busca documentos que tengan las palabras "contribución", "contribuyente", "contribuyentes", etc. Admite, por otra parte, la utilización de máscaras (?) en sustitución de uno o más caracteres en los términos de búsqueda¹⁷.

Finalmente, el uso de comillas permite encontrar un grupo de palabras de forma literal y el uso de paréntesis permiten combinar todas las opciones indicadas en una única búsqueda.

¹⁶ FERNÁNDEZ CORRAL, B.; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., *Base de datos Knosys*, op. cit., p.20.

¹⁷ BOTELLA BONILLA, E.; LUENGO MARQUINA, J. C.; ALVAREZ, M. I., *Knosys, aplicaciones de bases de datos documentales en la enseñanza*, op. cit., p. 45.

4. La utilización como herramienta de innovación docente de la base de datos de consultas tributarias.

4.1. Modo de inserción en clase del uso de la base de datos de consultas tributarias.

La investigación-exploración como metodología docente aprovechando las bases de datos de libre acceso no es una novedad¹⁸. Sin embargo, su adaptación a algo tan concreto como la docencia del Derecho Financiero y Tributario, no es una práctica muy extendida.

En primer lugar, se da una clase magistral sobre el régimen jurídico de las consultas, al modo que se ha realizado en el primer epígrafe de este artículo. Seguidamente, se aborda técnicamente el funcionamiento de la base de datos y se realizan búsquedas ejemplificativas por campos concretos. Posteriormente, nos centramos en una cuestión específica y se pide al alumno que explore la base en busca de resoluciones sobre la materia, la misma debe aprovecharse para explicar conceptos complejos que pueden aparecer o que puedan ser relevantes para su comprensión, así como para responder a las preguntas que se planteen. Respecto a esto último, el docente, puede ir llamando la atención sobre cuestiones que luego serán debatidas o que considere relevantes para el aprendizaje.

Resulta estimulante, para docente y alumnos, plantear el método inductivo y partir de lo concreto a lo general, como el deductivo, que supone el planteamiento opuesto. Así, se plantean actividades en las que, partiendo de casos concretos conocemos el criterio de la DGT sobre la norma; y, en otras ocasiones, partimos del estudio de una norma que nos interesa y, a través de la base de datos, conocemos las situaciones de hecho en las que se ha aplicado.

4.2. Metodología de la investigación.

Por último, ciñéndonos al objetivo de este estudio, que es determinar la actitud del alumnado frente a la utilización de la base de datos de consultas vinculantes en clase hemos realizado un análisis en el que se ha utilizado una metodología descriptiva, mediante la elaboración una escala tipo Likert, en cuestionario, dirigido al alumnado, con cinco opciones que van desde «totalmente de acuerdo», «de acuerdo», «no puedo opinar», «desacuerdo» y «totalmente en desacuerdo». El cuestionario se compone de 4 ítems estructurados en cuatro categorías relativas a la importancia, satisfacción, interés y dificultad de la utilización de la base de datos de consultas tributarias (Tabla 1).

¹⁸ A mayor abundamiento, los siguientes artículos PAVÓN PÉREZ, J. A., “El derecho administrativo a través de la consulta de bases de datos jurídicas accesibles en red y la utilización de redes sociales (blogs jurídicos)”, en CAMISÓN YAGÜE, J. A. (Dir.), *Experiencias de Innovación docente en los Estudios Jurídicos: una visión práctica.*, [Sevilla]: Grupo de Investigación «Fiscalitas & Iuris» de la Universidad de Extremadura, 2016, pp. 130-136.

PÉREZ CARRILLO, E. F., “Bases de datos electrónicas como apoyo a la docencia y a la coordinación de contenidos impartidos en los estudios jurídicos: el ejemplo de Eur Lex”, en ECHEBARRÍA SÁENZ, M. (Dir.), *Coordinación y planificación en los estudios de Derecho* [Recurso electrónico]: 15 al 16 de septiembre 2012 : Universidad de Valladolid, Valladolid : Universidad de Valladolid, 2012, pp. 142-171; PÉREZ DEL HOYO, R.; ANDÚJAR-MONTOYA, M. D.; SENTANA GADEA, I.; GONZÁLEZ AVILÉS, Á. B.; GARCÍA GONZÁLEZ, E., “Las bases de datos de acceso libre como metodología docente”, en *Memorias del Programa de Redes-I3CE de calidad, innovación e investigación en docencia universitaria: Convocatoria 2017-18*, Alicante: Universidad de Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación (ICE), 2018, pp. 2073-2079.

Faceta	n
Importancia	1
Interés	2
Dificultad	3
Satisfacción	4

Tabla 1. Distribución de Cuestiones

La muestra estuvo formada por 91 estudiantes de Derecho Financiero y Tributario; 63 son de sexo femenino y 28 son de sexo masculino; la edad promedio se sitúa en 21,19 años, el 50% de los alumnos encuestados tienen 21 años, la edad más común fue de 20 años. 51 alumnos eran del turno de la mañana, 40 del turno de la tarde.

Los datos obtenidos fueron analizados mediante el software SPSS 15.0. y se presentaron los siguientes resultados en las facetas de: importancia, satisfacción, interés y dificultad. Mostrando las tablas de frecuencias y porcentajes para cada uno, con sus respectivas interpretaciones (tabla 2).

Ítems	5		4		3		2		1	
	F	%	f	%	f	%	f	%	f	%
1.Es útil la BD de consultas tributarias	75	82,4	16	17,6	0	0	0	0	0	0
2.Me resulta indiferente la BD de consultas tributarias	1	1,1	3	3,3	5	5,5	42	46,2	40	44
3.La BD me resulta difícil de utilizar	1	1,1	0	0	14	15,4	36	39,5	40	44
4.Me gusta utilizar la BD	30	33	40	44	18	19,8	3	3,3	0	0

Tabla 2. Distribución de respuesta de los estudiantes al cuestionario-escala

A continuación, destacamos los porcentajes más relevantes de la tabla. En la categoría importancia, ítem referido a la utilidad del paquete estadístico para procesar datos, se observa que un 82,4% está muy de acuerdo. En el interés demostrado, el 46,2% muestra su desacuerdo respecto al elemento 2, en la afirmación de que me es indiferente. Con respecto a la dificultad de utilización el 15,4% del alumnado está de acuerdo, con lo que pocos alumnos lo consideraron difícil. Al considerar la categoría satisfacción, ítem 4, se observa en la opción de acuerdo un porcentaje de 44% por lo que el estudiante se siente bien durante la clase con el uso de la base de datos.

5. Consideraciones finales.

Primera.- La utilidad de las resoluciones a consultas vinculantes por la DGT está fuera de dudas en la práctica de la abogacía y asesoría tributaria. Su régimen jurídico es, como hemos señalado, apropiado, delimitando la figura y, a partir de una idea clásica – un digesto-, ha configurado un sistema dinámico.

Segunda.- La informatización del compendio en una base de datos ha supuesto un mejor acceso y estudio de la misma. El volumen de la información lo requería, de ahí que el volcado de datos del justamente llamado libro de “petete”, fuera tan necesario.

Tercera.- La base de datos ha evolucionado conforme a los tiempos. Primero, en ordenadores centrales de acceso en la propia DGT, después en su formato CD y DVD; y en su última fase, *on line*.

Cuarta.- Incluso en su última fase de desarrollo en la web se han producido modificaciones, como la que se operó en 2015, en la que se eliminaron las consultas completas en HTML plano, por una página de resultado final que carga la consulta en variables. Lo que ha supuesto un servidor más ordenado, pero ha eliminado la posibilidad de utilizar motores de búsqueda externos.

Quinta.- La utilización de la base de datos de resoluciones tributarias como herramienta de innovación docente resulta sumamente interesante al mostrar el criterio de la Administración tributaria en supuestos de hecho reales. Los resultados de la encuesta desarrollada por el autor corroboran la buena predisposición del alumnado hacia la utilización de la base de datos objeto de observación como herramienta de soporte docente.

Bibliografía.

- ADAME MARTÍNEZ, F. D., “Naturaleza jurídica y efectos de las contestaciones a consultas tributarias”, *Crónica tributaria*, nº 119, 2006, pp. 9-44.
- ADAME MARTÍNEZ, F. D., “Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comparado”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, nº 21, 2001, pp. 1-44.
- BOTELLA BONILLA, E.; LUENGO MARQUINA, J. C.; ALVAREZ, M. I., *Knosys, aplicaciones de bases de datos documentales en la enseñanza*, Ministerio de Educación y Ciencia, 1990.
- CHAMS EL DIN DELGADO, J. A., “Información y asistencia a los obligados tributarios: Las consultas vinculantes”, *Hacienda Canaria*, nº 10, 2004, pp. 175-191.
- CHECA GONZÁLEZ, C., “Acerca del procedimiento administrativo de elaboración de las normas tributarias. Aportaciones de los órganos consultivos sobre técnica normativa”, *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, nº 30, 2009, pp. 261-274.
- FALCÓN Y TELLA, R., “El carácter vinculante de la doctrina sentada al resolver consultas tributarias y reclamaciones económico-administrativas”, *Quincena fiscal*, nº 19, 2004, pp. 5-8.
- FERNÁNDEZ CORRAL, B.; MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, M., *Base de datos Knosys*, Bilbao: Tekel, D.L. 1992.
- FERNÁNDEZ PAVÉS, M. J., “La nueva regulación aplicable a las consultas con contestación vinculante”, *Revista de información fiscal*, nº 24, 1997, pp. 7-30.
- MARTÍNEZ GINER, L. A., “Las consultas vinculantes en el marco de una inspección tributaria: una propuesta sobre la base de la solución del derecho alemán”, *Revista de información fiscal*, nº 61, 2004, pp. 27-81.

- MENÉNDEZ MORENO, A., “De la anécdota a la categoría: (a propósito de las consultas vinculantes y del régimen de estimación objetiva)”, *Quincena fiscal*, nº 12, 2014, pp. 11-17.
- PAVÓN PÉREZ, J. A., “El Derecho administrativo a través de la consulta de bases de datos jurídicas accesibles en red y la utilización de redes sociales (blogs jurídicos)”, en CAMISÓN YAGÜE, J. A. (Dir.), *Experiencias de Innovación docente en los Estudios Jurídicos: una visión práctica* [Sevilla]: Grupo de Investigación «Fiscalitas & Iuris» de la Universidad de Extremadura, 2016, pp. 130-136.
- PÉREZ CARRILLO, E. F., “Bases de datos electrónicas como apoyo a la docencia y a la coordinación de contenidos impartidos en los estudios jurídicos: el ejemplo de Eur Lex”, en ECHEBARRÍA SÁENZ, M. (Dir.), *Coordinación y planificación en los estudios de Derecho* [Recurso electrónico]: 15 al 16 de septiembre 2012: Universidad de Valladolid, Valladolid : Universidad de Valladolid, 2012, pp. 142-171.
- PÉREZ DEL HOYO, R.; ANDÚJAR-MONTOYA, M. D.; SENTANA GADEA, I.; GONZÁLEZ AVILÉS, Á. B.; GARCÍA GONZÁLEZ, E., “Las bases de datos de acceso libre como metodología docente”, en *Memorias del Programa de Redes-I3CE de calidad, innovación e investigación en docencia universitaria: Convocatoria 2017-18*, Alicante: Universidad de Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación (ICE), 2018, 2018, pp. 2073-2079.
- VILLAVERDE GÓMEZ, M. B., “Un supuesto de interpretación de las normas tributarias: los efectos jurídicos de las contestaciones a consultas”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº 1, 2013, pp. 685-715.

Investigación sustantiva

EL ENFOQUE RELACIONAL COMO METODOLOGÍA DE ANÁLISIS EN EL DERECHO DEL TRABAJO: EL EXPEDIENTE DE INCLUSIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN LABORAL¹

The relational approach as a methodology of analysis in Labour law: the inclusion record against labour discrimination

Recibido: 16 de noviembre de 2019

Aceptado: 20 de diciembre de 2019

José Luis Ruiz Santamaría²

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

jlrsantamaria@uma.es

Universidad de Málaga

RESUMEN

Este trabajo, tras indagar inicialmente sobre la idea de la justicia social y su repercusión en las relaciones de trabajo, centraremos nuestro interés en la aplicación del enfoque de justicia relacional, como metodología de análisis que, aplicada en el contexto específico del Derecho del trabajo, se muestra como una herramienta muy útil que favorece su comprensión y alcance. En su configuración destacan tres dimensiones: reciprocidad, institucionalidad y socialidad. Desde esta triple perspectiva, y superando el análisis unidimensional basado exclusivamente en la aplicación estricta de la norma jurídica -institucionalidad-, se considera fundamental la dimensión del trato o comportamiento recíproco -reciprocidad-, así como, el respeto a determinados valores que fortalecen la confianza en las relaciones laborales -socialidad-. Especial atención merece el estudio de aquellas situaciones de desigualdad y/o discriminación, de determinados colectivos de personas trabajadoras que, por diversas razones (discapacidad, edad, sexo, etc.), sufren con respecto al resto de los trabajadores. Por este motivo, debe advertirse acerca de la necesidad de una inclusión eficaz y efectiva en las relaciones de trabajo, lo que implica la integración

en la relación de interdependencia, en condiciones de simetría social -expediente de inclusión-.

PALABRAS CLAVE:

Enfoque relacional, Derecho del trabajo, reciprocidad, socialidad, discriminación.

¹ Este trabajo está enmarcado en lo Grupos de Investigación: PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de empleo, igualdad e inclusión social”, FRATERNI-LAB SMART UMA y en la RED TEMÁTICA INTERNACIONAL DE JUSTICIA RELACIONAL Y ECOLOGÍA INTEGRAL (JUR-EI).

² Profesor SI Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Málaga. ORCID ID.: 0000-0002-9814-4429.

ABSTRACT

In this paper, after initially inquiring about the idea of social justice and its impact on labor relations, we will focus our interest in the application of the relational justice approach, as an analysis methodology that, applied in the specific context of Labor Law, is shown as a very useful tool that favors its understanding and scope. In its configuration three dimensions stand out: reciprocity, institutionality and sociality. From this triple perspective, and surpassing the one-dimensional analysis based exclusively on the strict application of the legal norm -institutionality-, the dimension of the reciprocal treatment or behavior -reciprocity- is considered fundamental, as well as the respect for certain values that strengthen trust in labor relations -sociality-. Special attention deserves the study of situations of inequality and / or discrimination, of certain groups of working people who, for various reasons - disability, age, sex, etc. - suffer from the rest of the workers. For this reason, it should be noted about the need for efficient and effective inclusion in labor relations, which implies integration into the interdependence relationship, under conditions of social symmetry -inclusion record-.

KEYWORDS:

The relational approach, Labour law, reciprocity, sociality, discrimination.

Sumario: 1. Cuestiones preliminares: el carácter interdisciplinar del enfoque relacional. 2. Las aportaciones de Antonio Genovesi y su influencia en España. 3. Aproximación conceptual al enfoque de justicia relacional. 4. Vacíos de justicia. 5. Expediente de inclusión. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. Cuestiones preliminares: el carácter interdisciplinar del enfoque relacional.

El reciente interés mostrado sobre la idea de la justicia social y sus implicaciones prácticas en las relaciones de trabajo, va a determinar el inicio de una serie de investigaciones³ partiendo de una concepción previa de justicia que se va a traducir en la aplicación al Derecho del enfoque relacional propio de la Sociología. En dichos estudios, que se abordan en un contexto interdisciplinar, experimentan un especial protagonismo, la Sociología, la Economía, la Filosofía, e incluso la Teoría de juegos, como área propia de la Matemática aplicada, en relación continua y directa con el Derecho. Desde este planteamiento, se pone de manifiesto por parte del profesor MÁRQUEZ PRIETO que “la aplicación del enfoque relacional a la idea de justicia produce como efecto que el Derecho del Trabajo, rama del ordenamiento jurídico particularmente orientada desde sus orígenes a la justicia social, se revela como experiencia capaz de ser comprendida de forma más amplia y simple, como adaptación jurídica (...) a las sugerencias, necesidades, y explicaciones de sentido desde la realidad social, en aras de una justicia relacional”⁴.

Consecuentemente, y como contribución necesaria a una mejor comprensión del fenómeno, se hace indispensable realizar una aproximación a aquellos autores más representativos e influyentes, que perteneciendo a estas diferentes áreas disciplinares, han favorecido de forma eficaz, mediante sus aportaciones doctrinales, la construcción y el diseño del enfoque teórico de justicia relacional.

En el área de la Sociología, se destacan como influencias más notables: en primer lugar, las aportadas por Pierpaolo DONATI, de la Universidad de Bolonia (Italia), autor del libro *Repensar la sociedad*⁵; y por otra parte, en España, las del profesor Pablo

³ Nos referimos concretamente a los trabajos de investigación iniciados, hace más de una década, por el profesor Antonio MÁRQUEZ PRIETO de la Universidad de Málaga, y que han dado lugar a los siguientes grupos de investigación: RED INTERNACIONAL DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES SOBRE JUSTICIA RELACIONAL (RIF), RED TEMÁTICA INTERNACIONAL DE JUSTICIA RELACIONAL Y ECOLOGÍA INTEGRAL (JUR-EI) y FRATERNI-LAB SMART UMA. Los integrantes de dichos equipos son expertos en distinta disciplinas del Derecho, o en otras ramas de las Ciencias Sociales (Economía, Filosofía, Ciencia Política y Psicología). La mayoría son investigadores de la Universidad de Málaga, junto con otros pertenecientes al Instituto Universitario Sophia (Florenca), Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Internacional de Cataluña y Montclair Setate University (Nueva Jersey). Para mayor profundización véase en MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Una investigación en equipo sobre justicia relacional y principio de fraternidad”, en MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coord.) *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters, págs. 17-28.

⁴ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de juegos y relaciones laborales en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters, 2008, pág. 11.

⁵ Vid. DONATI, P. (2006): *Repensar la sociedad*, Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias. Esta obra ha sido traducida al español y acompañada de un estudio introductorio por el profesor de la Universidad de Navarra, Pablo GARCÍA RUIZ. Otras obras de este autor son: - (1986): *Introduzione alla sociologia relazionale*, Milán (Italia): Franco Angeli (2ª ed.); - (2002): “Ciudadanía y Sociedad Civil: dos paradigmas (ciudadanía *lib/lab* y ciudadanía societaria)”, *Reis*, núm. 98, págs. 37-64; - (2005): “Quale conciliazione tra familia e laboro? La prospettiva relazionale”, en DONATI, P., *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Milán (Italia): Franco Angeli; - (2013): *Sociologia relazionale. Come cambiare la società*, Brescia (Italia): Editrice La Scuola. También, y sobre este tema, puede consultarse en DONATI,

GACÍA RUIZ, de la Universidad de Navarra, traductor de la obra de DONATI al español y autor de un elaborado e ilustrativo estudio introductorio. Sobre estos autores, hay que destacar que el profesor DONATI es el fundador del enfoque de la “Sociología relacional” que fue introducida en España por GARCÍA RUIZ, erigido como el máximo representante de dicha corriente doctrinal en nuestro país⁶.

En el ámbito jurídico-filosófico, ha supuesto una importante contribución la “Teoría de las constituciones civiles”, de Günter TEUBNER, profesor de Derecho Privado y de Sociología del Derecho, en la Universidad de Frankfurt (Alemania). Su construcción jurídico-filosófica⁷ ha resultado ser muy útil a la hora de determinar la “constitucionalización” de las relaciones socio-laborales en la empresa⁸.

Otras fuentes doctrinales, que han protagonizado una influencia muy destacada en la formación conceptual de las ideas que integran el enfoque de justicia relacional, son las que se producen en el área de la Economía. La primera aportación es la que ha tenido lugar a cargo de Luigino BRUNI. Su obra titulada *Reciprocità*⁹ es un aporte de enorme valor, a la hora de realizar el engarce de las estrategias de reciprocidad en el conjunto de la idea de justicia que se propone en la óptica de la justicia relacional. El citado profesor, “(...) logra demostrar, sirviéndose de la Teoría de juegos, que las distintas dinámicas de reciprocidad, desde las motivadas exclusivamente por el interés propio hasta las que favorecen el interés común, producen un efecto conjunto benéfico para la comunidad en la medida en que las distintas mecánicas aparecen mezcladas con suficiente heterogeneidad y pluralismo”¹⁰. Además, añade, que este mismo autor en su obra *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*¹¹ “(...) alude a la justicia relacional, como categoría concreta de justicia, como nota presente -o ausente- en la relación

P. y CALVO, P. (2014): “New Insights into Relational Goods”, *Recrea. Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 14, págs. 7-17.

⁶ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, págs. 11-13.

⁷ Vid. TEUBNER, G. (2005): *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma (Italia): Armando Editore, *passim*.

⁸ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 14.

⁹ Vid. BRUNI, L. (2006): *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, Milán (Italia): Bruno Mondadori, *passim*.

¹⁰ Queremos destacar, como hecho novedoso que se incorpora en la obra *Reciprocità* de BRUNI, la demostración que realiza este autor -apoyándose en el lenguaje matemático- de la reciprocidad como efecto de dinámicas interpersonales muy distintas -la fraternidad en la diversidad-, constituyéndose en este sentido como una propuesta realista y eficiente -alejándose por tanto del posible tinte utópico que desde la crítica científica pudiera atribuirse-. También, debemos resaltar que se trata de un paradigma universal, superando en este sentido el ámbito exclusivo de la Economía, para abarcar otros, especialmente el que corresponde al jurídico en términos muy similares a la propuesta que, desde la perspectiva de la Sociología, han ofrecido DONATI Y GARCÍA RUIZ. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 13. Así mismo, otras obras del profesor BRUNI que merecen ser destacadas son: BRUNI, L. (2005): “Hic Sunt Leones: Social Relations As Unexplored Territory in the Economic Tradition”, en GUY, B. y SUGDEN, R. (eds.) *Economics and Social Interactions*, Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press; - (2006): *Civil Happiness: Economics and Human Flourishing in Historical Perspective*, Londres (Reino Unido) y Nueva York (Estados Unidos): Routledge; - (2010): *L'ethos dell mercato. Un'introduzione ai fondamenti antropologici dell'economia*, Milán-Turín (Italia): Bruno Mondadori; - *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Roma (Italia): Città Nuova, y BRUNI, L. y ZAMAGNI, S. (2013): “Introduzione”, en GENOVESI, A. *Lezioni di economia civile*, Milán (Italia): Vita e Pensiero, Francesca Dal Degan, págs. VII-XXII.

¹¹ Vid. BRUNI, L. (2012): *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Roma (Italia): Città Nuova, *passim*.

jurídica, y como explicación del cierre del círculo virtuoso de la justicia -o, por el contrario, el círculo vicioso de la injusticia- en la relación”¹².

Otras aportaciones de la ciencia económica que corresponden al retorno reciente de la preocupación en Economía por “lo común”¹³ han sido llevadas a cabo por el profesor austriaco de economía Christian FELBER, en su libro *La economía del bien común*¹⁴ y por el economista italiano Stefano ZAMAGNI, en su obra *Por una economía del bien común*¹⁵. Este autor italiano¹⁶ hace referencia a los tres principios reguladores del mercado: el primero, la división del trabajo; el segundo, la noción de desarrollo, que lleva a la acumulación; y el tercero, que hace referencia a la libertad de empresa. Junto a estos principios, este autor añade un cuarto principio, especificando que: “Este puede ser el bien común o el bien total. En el primer caso se hablará de economía de mercado civil; en el segundo caso, de economía de mercado capitalista. La ética de las virtudes es básicamente la ética del bien común. Es el hecho de que los intercambios tengan lugar en un contexto de redes de solidaridad, es decir en el interior de una comunidad, lo que legitima la actividad de mercado. Podemos intercambiar, con ventaja mutua, porque antes de cualquier otra cosa estamos unidos por una *obligatio*, por un ligamen que hace que el intercambio siga siendo civil. En buena sustancia, para la ética de las virtudes, es la lógica de la reciprocidad la que preserva el mercado de sus degeneraciones”¹⁷.

También, debemos añadir como singularidad destacable de ZAMAGNI ¹⁸, la magistral explicación que hace en su artículo “Bene comune e fraternità. Il contributo italiano alla storia del Pensiero” sobre la diferencia existente entre bien común y bien total, expresándolo este autor en los siguientes términos: “Mientras el bien total puede ser representado por la imagen de un sumatorio, en el que los sumandos representan el bien de los sujetos, el bien común es asimilable más propiamente a un producto, en el que los factores representan el bien de los sujetos. Es claro el sentido de la metáfora: en una suma, si se anula alguno de los sumandos, la suma total sigue siendo en todo caso positiva. Incluso, puede suceder que si el objetivo es maximizar el bien total convenga ‘anular’ el bien -o bienestar- de alguno a condición de que la ganancia de bienestar de algún otro aumente en medida suficiente para la compensación. No es así, por el contrario, en el caso del producto, porque la anulación de uno solo de los factores convierte en cero el producto entero. Dicho en otros términos, la del bien común es una lógica que no admite sustituibilidad: no se puede sacrificar el bien de alguno -cualquiera que sea su situación

¹² Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2014): “La Justicia Relacional como círculo virtuoso”, *Recrea, Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 14, pág. 117.

¹³ Respecto a esta reciente preocupación en la Economía por “lo común” se establece que “(...) se suele relacionar con la llamada de alarma que supuso la publicación del artículo “La tragedia de los comunes” en 1968, por parte de Garret HARDIN. Este a su vez aludía a un escenario descrito por William Foster LLOYD en el libro *Two Lectures on the Checks to Populations* (Oxford University, 1933). El escenario descrito por LLOYD es un prado de uso compartido por varios pastores que permite, de forma prudente, un número limitado de animales. Sin embargo, el aumento, por parte de cada uno de los pastores, de los animales llevados a pastar -es decir, un comportamiento irresponsable e individual de cada uno de ellos- provoca que mueran de hambre tanto los rebaños como los pastores, por la sobreexplotación del pastizal”. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”, *Revista Centro de Estudios Financieros*, núm. 382, pág.16.

¹⁴ Vid. FELBER, C. (2012): *La economía del bien común*, Bilbao: Deusto, *passim*.

¹⁵ Vid. ZAMAGNI, S. (2012): *Por una economía del bien común*, Madrid: Ciudad Nueva, *passim*.

¹⁶ *Ibidem.*, págs. 17-33.

¹⁷ Vid. ZAMAGNI, S. (2012): “Bene comune e fraternità. Il contributo italiano alla storia del Pensiero”, en *Treccani.it. L'enciclopedia italiana. Economia*: págs. 5-9. Disponible en: <http://www.treccani.it>.

¹⁸ Y así lo ha destacado MÁRQUEZ PRIETO en su artículo: “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, pág. 17.

de vida o su configuración social- para mejorar el bien de algún otro y ello por la razón fundamental de que ese alguno es siempre un portador de derechos humanos fundamentales. Para la lógica del bien total, por el contrario, ese alguno es un individuo, es decir, un sujeto identificado por una particular función de utilidad y las utilidades - como es sabido- se pueden tranquilamente sumar -y confrontar-, porque no tienen rostro, no expresan una identidad, ni una historia. Siendo común, el bien común no mira a la persona tomada en su singularidad, sino en cuanto está en relación con otras personas; es el bien propio de la vida en común. Es común lo que no es solo propio -así sucede en cambio con el bien privado- y lo que no es de todos indistintamente -así sucede con el bien público”¹⁹.

En definitiva, adviértase que aquellos sujetos que tengan asignado el valor “cero” en relación al bien que le corresponda, desde la perspectiva del bien total -y en la medida que actúa bajo la fórmula del sumatorio-, el resultado final no sufrirá ninguna alteración y seguirá siendo positivo. Sin embargo, esta misma situación, desde la óptica del bien común -que actúa como un producto-, el resultado final se verá afectado, computándose el mismo como nulo.

2. Las aportaciones de Antonio Genovesi y su influencia en España.

Otra referencia doctrinal que conviene señalar, por la importante influencia que va a ejercer en la actual escuela italiana de Economía civil, es la que se produce a cargo del economista napolitano del siglo XVIII Antonio GENOVESI. Este autor, que fue contemporáneo de Adam SMITH²⁰, compartió la crítica del mundo feudal y la creencia de que el mercado contribuiría a la construcción de un mundo más igualitario y más libre. Pero mientras SMITH tenía una visión pesimista del hombre basada en el individualismo de intereses y, consecuentemente, el bien común se confiaba y dependía de la “mano

¹⁹ *Ibidem.*, págs. 10-11.

²⁰ Es importante resaltar que Adam SMITH fue el fundador del movimiento denominado el liberalismo económico; y al mismo tiempo, considerado el padre de los economistas clásicos. De su producción científica, destacaremos dos obras por el importante impacto y acogida que tuvieron en su época, y que aun hoy se sigue haciendo referencia a las mismas. La primera de ellas es *The Theory of Moral Sentiments* [Teoría de los sentimientos morales, Londres (1759)] que es un tratado sobre ética, en el que se exploran todas las conductas humanas en las que el egoísmo no parece jugar un papel determinante -manteniendo en este sentido una tesis diferente a Thomas HOBBS-. SMITH realiza una propuesta consistente en adoptar un proceso de empatía a través del cual una persona podrá situarse en el lugar de la otra, aun cuando no obtenga beneficio de ello. La segunda obra que merece su mención es *The Wealth of Nations* [La riqueza de las naciones, Londres (1776)], obra en la que sostiene que la riqueza procede del trabajo, tratándose esencialmente de un estudio en el que se aborda el proceso de creación y acumulación de la riqueza. En general, SMITH desarrolló y elaboró un nuevo modelo social que fuera comprensible e inspirara confianza, a la vez que pudiera servir para mejorar la calidad de vida de las personas. También estudió la estructura de la sociedad moderna en su totalidad, su marco legal, su moral, sus creencias, su modo de distribución del trabajo y su forma de intercambio. Por otra parte, pensaba que el hombre es esencialmente un ser histórico y social y se propuso investigar y comprender el resultado de las relaciones sociales para poder construir bases firmes para su reforma. En relación a las referencias bibliográficas de las obras comentadas de este autor, puede consultarse -en inglés- las siguientes ediciones: SMITH, A. (2008): *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations: A Selected Edition*, en SUTHERLAND, K (ed.). Oxford (Reino Unido): Oxford Paperbacks; y también véase, SMITH, A. (2002): *The Theory of Moral Sentiments* (1ª ed. 1759), Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press. Para profundizar en los aspectos biográficos de este autor, puede consultarse en HEILBRONER, R. (S/F): *Adam Smith. Scottish Philosopher*, en Encyclopaedia Britannica. Disponible en: <https://www.britannica.com/biography/Adam-Smith>.

invisible”²¹ del mercado; por el contrario, GENOVESI, en sus *Lezioni di economia civile* [Lecciones de economía civil]²² sostiene que la persona es el equilibrio de dos fuerzas: las de interés para yo y la solidaridad social; el sujeto aparece como una realidad relacional hecha para la reciprocidad. De ahí su idea del mercado como “asistencia mutua”²³. A pesar de que fueron las ideas de Adam SMITH las que calaron con gran aceptación en la sociedad de aquella época; no se puede obviar que la concepción de la economía por GENOVESI fuera también una referencia a seguir, aunque de forma localizada y minoritaria. Un ejemplo de esta influencia del economista napolitano va a tener lugar en España a cargo del jurista valenciano Bernardo Joaquín DANVILA y VILLARRASA²⁴. Este hito histórico -poco conocido, por no haber tenido mucha difusión, en la medida que fueron las ideas de Adam SMITH las que gozaron de una aceptación con mayor calado- se materializa con la publicación, en 1779, de las *Lecciones de Economía Civil, o de el Comercio*²⁵ [sic], elaboradas por este autor.

Pablo CERVERA FERRI, autor del estudio introductorio²⁶ y de los comentarios que acompañan la obra citada, destaca de la misma, entre otras apreciaciones, que fue la referencia bibliográfica para instruir a los jóvenes candidatos a la administración real del Seminario de Nobles de Madrid. Cinco años después, estas Lecciones fueron escogidas como manual para la primera cátedra de Economía política en España e impartidas en las recién estrenadas aulas de la Real Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País.

²¹ “The invisible hand” [La mano invisible] es una metáfora que expresa en economía la capacidad autorreguladora del libre mercado. Introducida por Adam SMITH en su obra *The Theory of Moral Sentiments* [Teoría de los sentimientos morales (1759)], pero popularizada gracias a su obra: *The Wealth of Nations* [La riqueza de las naciones (1776)], a pesar de que solo fue utilizada una vez en este último texto. Con esta expresión, su autor pretendía no solo asignar las tareas, sino que también dirigir a las personas en la elección de su ocupación y hacer que se tenga en cuenta las necesidades de la sociedad. De la misma manera, el mercado regula cuales son las mercancías que han de producirse. SMITH, A. (2008): *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: A Selected Edition...op. cit., passim* y en SMITH, A. (2002): *The Theory of Moral Sentiments (1ª ed. 1759)... op. cit., passim*.

²² Vid. GENOVESI, A. (2013): *Lezioni di economia civile*, Milán (Italia): Vita e Pensiero, Francesca Dal Degan, *passim*.

²³ En este sentido, Luigino BRUNI y Stefano ZAMAGNI -coautores de la “Introduzione” de la versión publicada en 2013, de *Lezioni di economia civile* de Antonio GENOVESI- han señalado que, en la actualidad, la idea del mercado como “asistencia mutua” es una intuición original que está experimentando una nueva juventud. También han destacado que “GENOVESI puede ser considerado, con razón, uno de los fundadores de la ciencia económica moderna. Este autor napolitano comenzó a ocuparse casi exclusivamente de la economía, la ética y la antropología solo en los últimos quince años de su vida. Fue el primero en Europa en ocupar una cátedra de Economía -establecida en Nápoles en 1754-, pudo difundir su magisterio no solo en Italia sino en todo el contexto de la Ilustración”. Añaden que “Las *Lecciones de comercio o economía civil* son el corpus del curso universitario llevado a cabo por este autor, pero sobre todo contienen la suma de su reflexión sobre cuestiones económicas”. Vid. BRUNI, L. y ZAMAGNI, S. (2013): “Introduzione”, en GENOVESI, A. (2013): *Lezioni di economia civile*. Milán (Italia): Vita e Pensiero, Francesca Dal Degan, págs. VII-XXII.

²⁴ Este autor fue un destacado jurista, economista y filósofo que nació en Valencia en 1740 y falleció en Madrid en 1787. Cursó Filosofía en la Universidad de Valencia en 1760. Años más tarde, en 1767, alcanzaría el doctorado en Jurisprudencia y Derecho Canónico. En 1775 se traslada a Madrid para habilitarse como abogado de los Reales consejos y opositó a las cátedras de Griego, Cánones, Instituciones y Código. También, en ese mismo año accedería a la cátedra de Filosofía Moral y Derecho Natural y de Gentes, que ejerció en el prestigioso Real Seminario de Nobles de la Villa. Vid. CERVERA FERRI, P. (S/F): “Bernardo Joaquín Danvila y Villarrasa”, en VV. AA. *Real Academia de la Historia. DBE*, págs. s/n. Disponible en: <http://dbe.rah.es/biografias/21094/bernardo-joaquin-danvila-y-villarrasa>.

²⁵ Vid. DANVILA Y VILLARRASA, B. J. (2008): *Lecciones de Economía Civil o de el Comercio. Estudio introductorio y edición anotada por Pablo Cervera Ferri (MDCCLXXIX)*, Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”- Biblioteca Ernest Lluch de Economistas Aragoneses 10.

²⁶ *Ibidem.*, págs., 11-76.

El mérito de esta obra es aún mayor si la contemplamos en su calidad de introductora de algunas de las más avanzadas propuestas de la Europa ilustrada para comprender la naturaleza del valor, la formación de los precios, la generación de la riqueza y su circulación. La adaptación de pasajes del *Essai sur la nature du commerce en général* del franco-irlandés Richard CANTILLON (1755), y de los *textos fundamentales* de Antonio GENOVESI (1765-1767) y del abad de CONDILLAC (1776), engarza a las Lecciones de DANVILA Y VILLARRASA como un importante eslabón en el complejo proceso de selección y de difusión de las ideas económicas en la España de las Luces. En relación a la estructura de las *Lecciones de Economía Civil, o de el Comercio[sic]*, y tomando como referencia el excelente estudio que acompaña a esta obra a cargo de CERVERA FERRI, podemos apreciar que las Lecciones se dividen en siete capítulos, seguidos de un apéndice con noventa y nueve conclusiones. El prólogo integra a la Economía Civil en la Filosofía práctica y recoge influencias de ARISTÓTELES y HEINECCIO. La Lección I emplazaba a la agricultura en el origen de la propiedad y esbozaba una teoría histórica de cuatro estadios enraizada en el humanismo cristiano de MALEBRANCHE y de BOSSUET. La Lección II explicaba el valor y los precios con argumentos del *Essai sur la nature du commerce en général* de Richard CANTILLON (1755) y de *Le commerce et le gouvernement* de CONDILLAC (1776). El agrarismo de DANVILA se perfilaba en las Lecciones III y IV, donde introducía la clasificación de Antonio GENOVESI (1765-1767) entre las artes primitivas y secundarias, para concluir que la labranza genera todo el excedente destinado a la circulación económica. La Lección IV trataba sobre la industria. DANVILA criticaba el lujo y defendía la utilidad socioeconómica de los gremios desde una perspectiva algo más dúctil que la de Antonio CAPMANY. La desocupación, la caridad y la educación son el núcleo de la Lección V. La posición de DANVILA no fue, en estas materias, demasiado distante de las de Bernardo WARDO DE PÉREZ DE LARREA, y se refuerza con su experiencia directa con el Montepío de los Desamparados. La Lección VI trata el comercio y la VII amplía la teoría del valor con aportaciones sobre el interés de CANTILLON y con una reflexión propia, un tanto imprecisa, sobre la teoría cuantitativa del dinero.

3. Aproximación conceptual al enfoque de justicia relacional.

Analizados los autores más influyentes²⁷, así como los elementos más característicos de las ideas impulsoras de sus teorías, corresponde ahora realizar una aproximación a los conceptos fundamentales que definen y configuran el enfoque de la justicia relacional. Nuestro primer paso estará orientado hacia, lo que se ha denominado “el porqué de la justicia relacional”²⁸; es decir, debemos indagar sobre la esencia misma del enfoque relacional, analizando el contenido -o vacío- de justicia existente en la relación interpersonal, en las diversas dimensiones de las relaciones sociales. Adviértase que la justificación de la razón de ser o el porqué de la justicia relacional, tiene su origen en la

²⁷ No debemos olvidar otros autores, cuyas aportaciones e influencias han contribuido de igual forma a la construcción del enfoque de justicia relacional. En esta línea, y como más representativos del siglo XX, citaremos a Jürgen HABERMAS y John RAWLS que, con sus obras, reflexiones y debates, en torno a la idea de la justicia, la crisis de la postmodernidad y la transformación del concepto, etc., han sido una referencia constante para los autores actuales. Véase al respecto las siguientes obras: HABERMAS, J. (2010): *Facticidad y Validez (6ª ed.)*, Madrid: Trotta editorial, págs. 570-580; *idem* (1998): *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, págs. 149-150; RAWLS, J. (1971): *A theory of justice*. Cambridge (Estados Unidos): Harvard University Press y VALLESPÍN, F. (1998): “Introducción. Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas”, en HABERMAS, J. y RAWLS, J. *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Paidós, pág. 13.

²⁸ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, págs. 18-21.

separación entre el Derecho y la idea de justicia, que va a suceder al finalizar la Edad Moderna. Por otra parte, este hito histórico, provocado por el desbordamiento de la idea moderna de justicia, va a requerir que para poder superar este problema se tenga que abordar esta nueva idea de justicia, no como fundamento, sino como resultado. En consecuencia, y de conformidad con los principios inspiradores del enfoque relacional, supone que “pensar en la justicia como un output o resultado exige encontrar un input adecuado, sin que el Derecho, como tal, esté en grado de jugar ese papel”²⁹.

Por otra parte, no debemos obviar la “tentación del Derecho de suplantar a la justicia, con el argumento de la funcionalidad, de la eficiencia, y la necesidad del jurista de evitar esa trampa, saliendo en busca de la eficacia y de la justicia”³⁰.

Al hilo de estas ideas, y como ya hemos tenido ocasión de expresar con anterioridad, ha resultado ser de gran utilidad, a la hora de elaborar y desarrollar el enfoque relacional que, desde el área de la Sociología, realizado por DONATI. Concretamente, este autor desarrolla la dinámica de la relación social en base a lo que él denomina “tres semánticas” que son: la referencial³¹, la estructural³² y la generativa³³.

Ahora bien, en base a estos antecedentes proporcionados desde el ámbito de la Sociología, pero incorporando las adaptaciones necesarias que la perspectiva jurídica requiere; de esta forma, la propuesta teórica de justicia relacional realiza la identificación de las tres dimensiones -que, a su vez, encuentra explicación desde la idea de relación-. En este sentido, se mantiene -por los defensores de este enfoque- que la relación se entiende como vínculo recíproco, es decir, vinculación -o *institucionalidad*- y *reciprocidad*. Así pues, se instituye que estas dos dimensiones -de forma paralela a las mencionadas con anterioridad como semánticas estructural y referencial- se deben adaptar continua y recíprocamente en una dinámica de orientación a la justicia; siendo la justicia propiamente su efecto emergente, lo que, si efectivamente se produce, tiene lugar en la tercera dimensión, que denominamos *socialidad* -la relación, la red de relaciones, en generación continua-³⁴. Añadiéndose³⁵ que se trata por tanto de una aproximación del

²⁹ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, pág. 20.

³⁰ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2012): “Justicia relacional y fraternidad”, en BAGGIO, A. M., COSSEDDU, A. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (coord.). *Fraternidad y justicia*. Granada: Comares, págs. 55-90.

³¹ También denominada “simbólica”, entendida como *refero*, según la cual la relación es una atribución de sentido, significado o intenciones Vid. DONATI, P. (2006): *Repensar la sociedad*...*op. cit.*, págs. 92-93.

³² Según la cual la relación se entiende como *religo*, consistente en generación de vínculos y dependencias mutuas. *Ibidem.*, págs. 94-95.

³³ Esta semántica explica cómo se genera, de la interacción de los sujetos y agentes, algo distinto que lo que propiamente se puede llamar relación. *Ibidem.*, págs. 95-96.

³⁴ Calificándose, al tiempo que se subraya por este autor, como un “planteamiento complejo”, puesto que la justicia relacional exige ser explicada en base a la complejidad de la relación interpersonal. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, pág. 21.

³⁵ Importante contribución teórica, en el campo de la Filosofía Política, es el planteamiento integrador de Antonio María BAGGIO, quien aboga por una comprensión global, e interrelacionada, de los “tres principios revolucionarios modernos y de la socialidad correspondiente a los mismos -libertad, igualdad y fraternidad- y su aplicación al ámbito jurídico, en términos de utilidad”. Vid. BAGGIO, A. M. (2006): *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Roma (Italia): Città Nuova, *passim*. También puede consultarse en BAGGIO, A. M. (2012): “La fraternidad como categoría política”, en BAGGIO, A. M., COSSEDDU, A. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (coord.). *Fraternidad y justicia*, Granada: Comares, págs. 3-18. Por otra parte, como ya hemos señalado con anterioridad, debemos insistir en la importante contribución que ha supuesto los estudios sobre la reciprocidad plural en las relaciones económicas, llevadas a cabo por BRUNI, Vid. BRUNI, L. (2006): *Reciprocità*...*op. cit.*, págs. 55 y ss.

denominado “giro relacional de la Sociología”³⁶, liderado y propuesto por el sociólogo italiano.

Consecuentemente, una vez incorporadas las necesarias adaptaciones que la perspectiva jurídica requiere, se establece la necesidad de concretar las tres dimensiones mencionadas del enfoque de justicia relacional: *institucionalidad*, *reciprocidad* y *socialidad*; si bien, “(...) esta tarea se ha de realizar a través de la simple indagación de la relación jurídica que conduce, de forma natural, a constatar esas tres dimensiones”³⁷. Precisamente, mediante la distinción de estas tres dimensiones, se explica la dinámica de la justicia relacional, abarcando en la misma, los contenidos y vacíos de justicia; además, mediante esta perspectiva tridimensional, se va a contribuir de forma útil a facilitar la aprehensión de conceptos y términos, como por ejemplo: “la relacionalidad jurídica”, “la reciprocidad”, “el principio relacional de fraternidad” o “la buena fe”; que por su aparente semejanza o proximidad, pueden inducir a error en determinadas ocasiones. Hecha esta salvedad, este proceso de interacción se explica partiendo de la relación jurídica, entendida como “vínculo recíproco -parte estructural: vinculación, institucionalidad; y parte dinámica: comportamiento recíproco en la necesaria adaptación continua entre esas dos dimensiones, con orientación común a la justicia, que puede producirse -o no- como efecto emergente de la interacción entre los sujetos, así como también de la interacción entre los dos mencionados aspectos o componentes de la relación”³⁸.

No obstante, este enfoque tridimensional requiere de una aclaración más detallada, puesto que la dimensión de *institucionalidad* -parte estructural- y la dimensión de *reciprocidad* -parte dinámica- podrían ser considerados componentes de la relación, mientras que la dimensión de *socialidad* sería el resultado unitario de la acción bilateral de sus componentes. Sin embargo, este autor advierte que “(...) esta explicación podría ser parcial y equívoca. Porque, en primer lugar, no podemos experimentar de forma separada los componentes o aspectos de la relación, que se presenta siempre en su totalidad -aunque nos ayude separar dichos aspectos para una mejor comprensión-; y, en segundo lugar, la relación en sí misma, como tercera dimensión o elemento, no solo es un resultado, u *output*, sino que es continuamente también un *input* para las otras dos dimensiones, existiendo en realidad entre los tres aspectos una interacción simultánea”³⁹.

Hecha esta aclaración, debemos añadir que las tres dimensiones de la relación - *institucionalidad*, *reciprocidad* y *socialidad*- además de requerir una adaptación entre las mismas, deben orientarse hacia la justicia; teniendo presente, que de las tres dimensiones citadas, es la *reciprocidad*⁴⁰ la que se interpone entre lo obligatorio y lo justo, abriéndose la oportunidad de alcanzar la justicia adoptando la estrategia de “ir más allá de la

³⁶ Vid. DONATI, P. (2006): *Repensar la sociedad...op. cit.*, págs. 109 y ss.

³⁷ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, págs. 22-23.

³⁸ Véase dicho gráfico en *Ibidem.*, pág. 22.

³⁹ Debe advertirse, como añade este autor, que “la relación interpersonal, o, en general, el ambiente relacional, posee una vida propia y una inercia que influye continuamente en los sujetos, así como también en los aspectos estructural y dinámico de las relaciones entre los mismos”. *Ibidem.*, págs. 21-22.

⁴⁰ Sostiene y matiza este autor que “la necesaria apertura del Derecho a la reciprocidad requiere una comprensión de esta en clave jurídica”, esto implica que el enfoque de justicia relacional no va a participar en la pugna que se ha mantenido tradicionalmente entre la norma y la justicia, ya que aspira a superar la fractura entre, lo jurídico-legal y lo jurídico-axiológico -entre lo obligatorio y lo justo-, es decir, apuntando a la justicia en la relación. *Ibidem.*, págs. 24-25.

norma”⁴¹-ya que no toma como referencia a la norma, sino a la relación-. En este sentido, se ha diseñado por su autor una original -y muy ilustrativa- representación gráfica de los cuatro puntos cardinales del ciclo de la justicia relacional, basándose en el compás musical de cuatro tiempos (4/4)⁴². Siguiendo los cuatro tiempos que integran el compás (4/4), este autor identifica cada uno de ellos con las dimensiones que integran el ciclo de la justicia relacional. De esta forma, el número 0, situado en el tiempo de inicio, representa al *modelo social* de referencia, el número 1 representa la *reciprocidad*, el número 2 se corresponderá con la *institucionalidad* y el número 3 se identificará con la *justicia*. Así, los tiempos del compás correspondientes a los números 1, 2, 3, se corresponden con las dos primeras dimensiones de la relación jurídica, quedando dicha relación jurídica como conexión entre la *institucionalidad* y la *reciprocidad*, apuntándose que “la justicia relacional puede emerger de la relación, con el concurso conjunto de sus dos dimensiones integrantes”⁴³. No obstante, la *reciprocidad* ocupará la posición central del esquema y por lo tanto se sitúa como el núcleo del ciclo de la justicia relacional.

Por otra parte, y atendiendo a los posibles movimientos cíclicos, podemos distinguir dos de ellos: un movimiento cíclico o dinámica vertical y otro horizontal. Respecto al primero de ellos, el ciclo vertical, consistente en “expresar mediante la actuación o conducta los valores propios del modelo social para, a la vez, generar, en la propia relación, un efecto de justicia que contribuya a recrear continuamente la *socialidad* (...) la *reciprocidad*, mediante otro ciclo horizontal -que es propiamente el juego jurídico-, asocia a la *institucionalidad* en el ciclo de la justicia, materializándose e institucionalizándose continuamente, a fin de procurar sostenibilidad a largo plazo e intentando que el efecto emergente de justicia se produzca mediante la acción simultánea de *institucionalidad* y *reciprocidad*”⁴⁴.

Otra novedosa representación del ciclo de la justicia relacional es la que se realiza mediante la utilización de una ilustración gráfica que representa una noria de agua o molino hidráulico⁴⁵. En dicho esquema, que tiene una estrecha relación con los descritos *supra* en este mismo epígrafe⁴⁶, aunque este último lo hace de forma más dinámica -en la medida que se pretende representar en movimiento tanto las aspas del molino como el agua-. Su autor explica la identificación del ciclo de la justicia relacional en los siguientes términos: “(...) siguiendo el movimiento del agua, que, desde abajo -desde el caudal o corriente de agua, que está en la base de la noria, (punto 0), se eleva hasta el punto más alto (punto 3), -representado en el correspondiente gráfico al que nos hemos referido con anterioridad- mediante la flecha de giro exterior. La *reciprocidad*, como dimensión central, es la que impulsa el ciclo (paso 1), la que asume la iniciativa en el juego jurídico en el que necesita de la *institucionalidad* (paso 2) para que este juego entre las dos dimensiones -representado por la línea de giro interno del molino- tenga sostenibilidad

⁴¹ Es decir, debemos insistir que ir más allá de la norma -del análisis normativo unidimensional, de la dimensión *institucionalidad*- supone dirigirse hacia la dimensión de la *reciprocidad*, que a su vez, conecta con la *socialidad*, como tercera dimensión, en la que se basa y a la que toma como modelo. *Ibidem.*, pág. 25.

⁴² Véase dicho gráfico en *Ibidem.*, pág. 26.

⁴³ *Ibidem.*, págs., 25-27.

⁴⁴ *Ibidem.*, pág. 26.

⁴⁵ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”, en MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coord.) *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters, pág. 178.

⁴⁶ Pueden observarse dichos gráficos -representados en las págs. correspondientes que se indican- en MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, págs. 22 y 26.

en el tiempo -y, haciendo girar internamente la noria, ésta haga girar el agua externamente-. Tanto el punto 0 como el punto 3 -momentos de inicio y cierre del ciclo- corresponden a la dimensión de la *socialidad* (...) es la noria -*institucionalidad*, impulsada por la *reciprocidad*- la que remueve continuamente el agua, elevándola al punto superior (3), simbolizando el logro de la justicia en la relación -en la *socialidad*-. El punto 0 -que no es en sí mismo un paso, de ahí el número 0- simboliza el *modelo social* de justicia que la *reciprocidad* -primer paso del ciclo- toma como referencia”⁴⁷.

4. Vacíos de justicia.

Por otra parte, y tal como se enfatiza desde el enfoque de justicia relacional, de la relación puede derivarse situaciones de ausencia de justicia y por lo tanto, han de conectarse estas situaciones de injusticia social con el vacío relacional. Será mediante el análisis de estos vacíos de justicia, que podrán estar presentes en cualquiera de las distintas fases de la dinámica de la justicia relacional como se podrá indagar sobre la causa que ha impedido que dicha justicia relacional se pudiera desarrollar. En este sentido, se puede constatar la existencia de vacíos de justicia⁴⁸ en la mayoría de las relaciones laborales⁴⁹. Del estudio de las posibles situaciones de ausencia de justicia, en el contexto de las relaciones laborales y basándose en el juego de la confianza, se llega a la conclusión de que “(...) no se establece la relación si no existe una verdadera motivación intrínseca”⁵⁰. La principal consecuencia que podríamos extraer, y que este autor argumenta y explica detalladamente, es que la relación laboral no se consolidará como tal, le faltaría algo, afirmando en este sentido que la relación laboral no es “genuina”⁵¹. Teniendo en cuenta, que es indiferente, que la falta de motivación afecte a uno u otro sujeto de la relación laboral⁵² porque provocará el mismo efecto sobre la relación, es decir, que la relación transcurrirá de una forma mecánica, movida por lo estructural, lo obligacional, en definitiva guiada exclusivamente por la *institucionalidad*; y por lo tanto, desprovista de las otras dos dimensiones de carácter humano: la *socialidad* y la *reciprocidad*. Ante esta situación, y ante la necesidad de proponer soluciones que eviten el vacío de justicia, desde la perspectiva de la justicia relacional se sostiene que “(...) La única forma de salir de ese círculo vicioso, de esa relación desvirtuada, es iniciar una dinámica de reciprocidad fáctica, aun no perteneciendo al contenido de lo estrictamente contratado, que, yendo más allá de lo obligatorio, recupere, de forma interactiva, un trato recíproco verdaderamente satisfactorio desde el punto de vista humano, permitiendo pasar de la relación mercantil a la relación social”⁵³.

⁴⁷ *Ibidem.*, págs. 177-178.

⁴⁸ Para profundizar sobre los supuestos de vacíos de justicia en la relación laboral. *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, págs. 181-187.

⁴⁹ Recuérdese que, de conformidad con el hilo conductor del presente trabajo, nuestro interés se centra en la indagación de los vacíos de justicia que puedan detectarse en las relaciones laborales en las que participen las personas trabajadoras que, por diversos motivos tales como la discapacidad, la edad, sus creencias, etc., están padeciendo situaciones de desigualdad y/o discriminación en el trabajo.

⁵⁰ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, págs.38- 42.

⁵¹ *Ibidem.*, pág.41.

⁵² En este supuesto, se utiliza el ejemplo del juego de la confianza habla de “jugadores”, como sujetos de dicho juego. En nuestro caso, al identificarlo con la realidad de la relación laboral, hablamos de sujetos de dicha relación laboral. Para profundizar sobre el tema véase MÁRQUEZ PRIETO, A. (2014): “La justicia relacional como círculo virtuoso”...*op. cit.*, págs. 126- 130.

⁵³ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”...*op. cit.*, págs. 41- 42.

Al hilo de lo expuesto, y con el fin de poder ofrecer una aplicación práctica del tratamiento teórico-conceptual desarrollado *supra*, se aportan un elenco de supuestos concretos de vacíos de justicia en la relación laboral -sin carácter exhaustivo- haciendo referencia a diversas situaciones que son ejemplos de ausencia de justicia y que van a suponer, en todos los casos, auténticas barreras que impedirán, a buen seguro, el correcto funcionamiento del modelo relacional. Advirtiéndose, que con carácter previo al abordaje del correspondiente análisis, se debe observar la diligencia debida para evitar la posible confusión -por las similitudes que puedan apreciarse *a priori* entre ambos modelos- con el modelo europeo de relaciones laborales⁵⁴. Así, según este autor, existirían vacíos de justicia en los supuestos siguientes:

El vacío de justicia más habitual, que se detecta en el ámbito de las relaciones laborales, es el relativo a la carencia de normas reguladoras, que el profesor ha denominado: “ausencia de las normas e instituciones indispensables para que las relaciones laborales puedan funcionar según una estructura de red”. Desde el enfoque relacional, y en la medida que se detecte esta ausencia de normas o instituciones, indispensables para que se produzca el adecuado funcionamiento y desarrollo de la relación laboral, se estará afectando directamente a la dimensión denominada *institucionalidad*, es decir, aquella que está integrada por lo estructural, lo obligacional. Además, no debemos olvidar el importante papel que desempeña en este caso, según se ha explicado con anterioridad, la cultura jurídico-social de cada colectividad que subyace y, que también, forma parte de los contenidos propios de la dimensión conocida como *socialidad*. En este sentido, se ha señalado con cierto énfasis -por la importante repercusión que va a tener en este supuesto que analizamos- “(...) la enorme relevancia de los contenidos de justicia social, presentes en las normas estatales que aseguran unos niveles mínimos, y que funcionan como base, ámbito o contexto de la red, dentro del cual también se incluye la cultura jurídico social propia de cada colectividad”⁵⁵. Ante las carencias expresadas, nos preguntamos ¿cómo actuar desde el enfoque relacional para suplir estos vacíos de justicia? Evidentemente, la respuesta no es sencilla, pues como se apunta desde el enfoque relacional “(...) sobre la red se puede construir tejiendo relaciones formales e informales (...) siendo preciso para que funcione adecuadamente que las relaciones sean lo suficientemente densas y plurales, contando para ellos con instituciones de implicación y participación de los trabajadores en la empresa y con los diversos instrumentos de la negociación colectiva”⁵⁶. Obsérvese que ante este vacío causado por la ausencia de *institucionalidad*, no bastaría con suplir simplemente la norma, haría falta añadirle el plus de la relacionalidad, como se ha puesto de manifiesto por Tiziano TREU “actualmente se hace necesaria una relacionalidad adaptada al nuevo contexto internacional”⁵⁷; es decir, esa norma tiene que mirar hacia las conductas y los

⁵⁴ Este autor añade una importante aclaración sobre el modelo relacional, afirmando que “a pesar de que el modelo europeo de relaciones laborales podría considerarse muy próximo, en la medida en que constituye una realización normativa muy valiosa desde la vertiente del eje de la relacionalidad, nuestra referencia no es a dicho modelo, sino al que correspondería en realidad a la justicia relacional, que exige la puesta en juego de una dinámica bilateral por parte, tanto del eje de relacionalidad como de reciprocidad (...)” Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 181.

⁵⁵ *Ibidem.*, pág. 185.

⁵⁶ *Ibidem.*, págs. 182-184.

⁵⁷ Tiziano TREU, profesor italiano y ex ministro de Trabajo y Seguridad Social, destaca el hecho de que “la globalización altera todos los términos de referencia de las relaciones industriales. Las instituciones públicas de regulación no consiguen encontrar vehículos consistentes a nivel supranacional -ni siquiera en la Europa comunitaria-. También los agentes sociales están atrasados, a nivel internacional, respecto a las instituciones económicas y financieras”. Vid. TREU, T. (1999): “Sviluppare la competitività e la giustizia

comportamientos de los sujetos intervinientes en la relación laboral, refiriéndonos a la *reciprocidad*, y además, no puede ignorar -como hemos indicado con anterioridad- la *socialidad*, que integrada por la cultura jurídico-social va a impregnar a las otras dos dimensiones. En este sentido, se sostiene que “(...) la vía más directa para la convergencia social internacional es la proyección a escala supranacional de los institutos tradicionales de las relaciones industriales: contratación colectiva, forma de participación de los trabajadores y organizaciones sindicales”⁵⁸; en definitiva, hacen falta las necesarias instituciones indispensables para que las relaciones laborales puedan funcionar según una estructura de red.

Otro vacío de justicia, que lamentablemente se detecta con una alta frecuencia en las relaciones laborales, es aquel que está relacionado con la falta de paridad y simetría en la propia relación, lo que llevará implícito una carencia de participación. La perspectiva relacional, propone como solución que “(...) de forma inmediata y previa al funcionamiento de la dinámica de reciprocidad, el eje de relacionalidad arbitre fórmulas oportunas para establecer o restablecer la paridad”⁵⁹. El profesor ha denominado a esta dinámica con el término “expediente de inclusión”⁶⁰, que consiste en promover la inclusión social de los sujetos no incluidos en la relación de interdependencia en condiciones de simetría social para que lleguen a ser “capaces de reciprocidad”⁶¹. También, en este sentido, el profesor dice que “(...) el Derecho del Trabajo funciona o debe funcionar como permanente ‘expediente de inclusión’ heterónimo, aunque son preferibles -y más adecuados a la idea de justicia relacional- los ‘expedientes de inclusión’ consistentes en soluciones autónomas”⁶². Un buen ejemplo en el que se pretende evitar la falta de paridad y la carencia de participación, se puede apreciar en la Directiva 2001/86/CE⁶³ del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, establece en su considerando núm. 2 que “(...) un cuadro jurídico uniforme en cuyo ámbito las sociedades de los diversos Estados miembros sean capaces de programar y ejecutar la reorganización de sus actividades a nivel comunitario”; de igual forma de su considerando núm. 18, se desprende que “ (...) la reorganización de sus actividades deben realizarse en el modo más rápido y con menos gravámenes, y no tienen que constituir la ocasión para anular o reducir derechos colectivos ya ‘adquiridos’ por los trabajadores en las empresas interesadas en constituir una Sociedad Anónima Europea”⁶⁴.

También, el supuesto de ausencia de la nota de pluralismo o de la idea pluralista de empresa puede ser la causa de un significativo vacío de justicia en la relación laboral. El profesor ha manifestado que en este caso, “(...) las relaciones industriales son una

sociales: le relazioni tra istituzioni e parti sociali”, en VV. AA. *Studi sul lavoro. Scritti in onore de Gino Giugni (Tomo II)*, Bari (Italia): Cacucci, pág. 1324.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 1327.

⁵⁹ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, págs. 181-182.

⁶⁰ *Ibidem.*, pág. 183.

⁶¹ Entendiéndose por “expediente de inclusión” aquel mecanismo relacional -suscitado necesariamente por la dimensión institucional del sistema jurídico- que exige integrar en la dinámica jurídica las situaciones de asimetría; es decir, “ (...) emancipar -autónoma o heterónomamente- lo sometido, lo subordinado, sobre todo en sus grados más acusados, pero también en otros niveles de menor gravedad, tratando así de conciliar la dependencia con la interdependencia”. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”... *op. cit.*, pág. 172.

⁶² Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 182.

⁶³ Vid. DOCE núm. 294, de 10 de noviembre de 2001, págs. 22-32. Ref. DOUE-L-2001-82442.

⁶⁴ Se puede acceder a elaborado y completo comentario sobre esta Directiva en ARRIGO, G. (2004): “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 52, págs.13-29.

expresión lógica pluralista de representación de los intereses -superando la concepción monista o unitaria de la empresa-, dentro de la cual constituyen un elemento esencial la dimensión negocial y la contratación colectiva”⁶⁵. Así, retomando el examen de la citada Directiva 2001/86/CE⁶⁶ del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, se puede apreciar como la consolidación de los derechos de la información, consulta y participación en los procesos de modificación y reorganización de la empresa en el ámbito transnacional -en referencia a la sociedad europea y a la cooperativa europea- se produce como parte integrante esencial del modelo social europeo⁶⁷. También, y en relación directa con este tema, conviene recordar el análisis que hacía *supra* el profesor BRUNI⁶⁸ en relación a la Teoría de juegos, sobre la dinámica de la reciprocidad que, como efecto red, se producía el mismo en el contexto cuatridimensional, es decir “(...) en un ámbito de interacciones lo suficientemente denso y heterogéneo”⁶⁹.

La falta o carencia de justicia en la relación, también se puede apreciar en aquellos casos en los que se va a generar un fraude entre la parte empresarial y la parte trabajadora, promovidos esencialmente por una falta de sinceridad o genuinidad en el compromiso de participación que se solicita desde la empresa a los trabajadores; y que, se distancia lógicamente de aquella que se desprende de los cánones de calidad previstos para la participación de los trabajadores en la empresa. Al hilo de lo expuesto, y en relación directa con la importancia que supone para la realidad empresarial actual, contar en su plantilla con trabajadores que poseen una alta y especializada cualificación, se impone cada vez más la implantación de técnicas orientadas a la consecución de la “fidelización” de los empleados. CATALANO y MALANDRINI, proponen dos técnicas para aumentar la fidelidad del trabajador: “a) de tipo económico, que tratan de satisfacer exclusivamente exigencias retributivas y b) de satisfacción de exigencias personales de los trabajadores, como son, por ejemplo, la flexibilidad en la determinación del tiempo de trabajo. Debiendo incluso tenerse en cuenta que la mezcla de ambas técnicas, puede para algunos, resultar contraproducente -poco rentable- desde el punto de vista empresarial, puesto que al trabajador que ya se encuentra satisfecho por la adaptación de su horario de trabajo no le supone un incentivo adicional significativo contar con una retribución económica complementaria; y, al contrario, quien no se encuentra satisfecho a nivel personal a pesar de la adopción de técnicas específicamente ideadas, tampoco se sentirá compensado por la existencia de retribuciones complementarias”⁷⁰.

Un vacío de justicia adicional se encuentra en aquellas situaciones en las que puede existir reciprocidad en una cooperación sin justicia, calificada como “reciprocidad de la corrupción”. En este sentido, argumenta el profesor que “(...) el consenso por sí mismo, no basta, si no se trata de una cooperación en la justicia. Convirtiéndose el vacío de justicia en una amenaza radial al desarrollo del modelo relacional, que exige (...) una vinculación recíproca entre relacionalidad y justicia”⁷¹. El profesor MONTEIRO FERNANDES, refiriéndose a las posibles causas que motivan estas prácticas en la

⁶⁵ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 183.

⁶⁶ Vid. DOCE núm. 294, de 10 de noviembre de 2001, págs. 22-32. Ref. DOUE-L-2001-82442.

⁶⁷ Vid. ARRIGO, G. (2004): “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea”...*op.cit.*, *passim*.

⁶⁸ Vid. BRUNI, L. (2006): *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile...op. cit.*, *passim*.

⁶⁹ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 183.

⁷⁰ Vid. CATALANO, A. y MALANDRINI, S. (2006): “Costo del lavoro e nuovi modelli organizzativi”, en MALANDRINI, S. y RUSSO, A.: *Lo sviluppo del ‘capitale umano’ tra innovazione organizzativa e tecniche di fidelizzazione*, Milano (Italia): Giuffrè Editore, pág. 73.

⁷¹ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 185.

realidad socio-laboral portuguesa, dice que “(...) esta cultura -o contracultura existe en Portugal y quizá en la mayor parte de los países de la Europa meridional”. Se explica probablemente por un amplio conjunto de factores, del que forman parte la debilidad de las tradiciones industriales y sindicales y la lenta maduración de una civilización democrática. Dentro de la misma lógica, entre las causas de ineffectividad del Derecho del Trabajo se señala la debilidad del llamado “aparato de tutela”: inspección, magistratura del trabajo, representaciones sindicales en el lugar de trabajo”⁷². Este autor también hace referencia a supuestos de consenso ilegítimo, que se producen en Portugal y que, según su criterio, podrían ser extrapolables a otros países de la franja meridional europea, consistentes en un incumplimiento generalizado del ordenamiento jurídico laboral. Así por ejemplo, hace referencia a la práctica normal y habitual sobre el incumplimiento de las normas reguladoras del contrato temporal de trabajo; siendo muy reducidos y extraños los procesos judiciales sobre esta materia, debido a los acuerdos ilegítimos alcanzados entre el empresario y el trabajador. Otro supuesto muy generalizado, es el relativo a la simulación del trabajo autónomo “falsos autónomos”, en relaciones que son claramente de tipo laboral, también basado en la correspondiente connivencia entre el empresario y trabajador en la que se pacta la percepción de una retribución económica más elevada⁷³.

A la hora de abordar la metodología⁷⁴ sobre la aplicación práctica del enfoque de justicia relacional, se puede apreciar como denominador común la insistencia en que “la idea de justicia relacional consiste en algo a la vez más simple y completo que el hecho de intentar que no se produzcan los vacíos anteriores”⁷⁵. Recordemos en este sentido que la falta de justicia, se produce en situaciones en que no existe una verdadera justicia relacional, por ello los vacíos de justicia son desequilibrios que se manifiestan por un déficit de adaptación de la relacionalidad a la reciprocidad o al contrario, por un déficit de la reciprocidad con respecto a la relacionalidad⁷⁶; sin embargo, como Gunter TEUBNER ha puesto de manifiesto en referencia a la idea de la constitucionalización civil o social, en las relaciones de intercambio entre lo empresarial y lo personal constituye un entrelazamiento en el que el eje de la *reciprocidad* cobra un protagonismo destacado que hace que esta dimensión asuma la iniciativa⁷⁷.

Por otra parte, recordando y, a su vez, subrayando que el enfoque de justicia relacional tiene un carácter eminentemente pragmático⁷⁸, conviene hacer una referencia en este

⁷² Vid. MONTEIRO FERNANDES, A (2006): “L’effettività nel Dirirtto del lavoro: il caso portoghese”, *Revista Italiana di Diritto del lavoro*, núm. 1: pág. 17.

⁷³ *Ibidem.*, págs. 7-19.

⁷⁴ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, págs. 198-215.

⁷⁵ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 185.

⁷⁶ Precisamente con el fin de colmar dichos vacíos, podremos encontrar muy buenos ejemplos -de aplicaciones prácticas- en aquellas Directivas comunitarias dedicadas a fomentar el espíritu de cooperación en la empresa. Concretamente la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (arts. 4 y 9); Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea - Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa a la representación de los trabajadores (art. 1.3) y la Directiva Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (arts. 4 y 11). Para profundizar sobre este tema, puede consultarse en MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. *Repensar la justicia social... op. cit.*, págs. 14, 186-187.

⁷⁷ Vid. TEUBNER, Gunther. *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili...op. cit., passim.*

⁷⁸ Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): *Justicia relacional y principio de fraternidad...op. cit.*, pág. 199.

sentido a Friedrich Carl von SAVIGNY, pues para este distinguido jurista era en la práctica, y no en un orden lógico, donde puede encontrarse un verdadero fundamento jurídico, que se concretaba precisamente -según sus propias expresiones- en la conexión entre “vida social, relaciones jurídicas e institutos” -que fácilmente se podrían asimilar a la *reciprocidad*, *socialidad* e *institucionalidad*⁷⁹-. En este sentido, utilizaremos el método que nos aporta este enfoque experimental⁸⁰ para analizar los contenidos o vacíos de justicia que se producen en el ámbito de de aquellas situaciones de desigualdad y/o discriminación, de determinados colectivos de personas trabajadoras que, por diversas razones -discapacidad, edad, sexo, etc.-, sufren con respecto al resto de los trabajadores.

Sobre la utilización de este método, se han propuesto tres postulados metodológicos generales que reproducimos a continuación⁸¹:

En primer lugar, que se han de distinguir las tres dimensiones de la relación jurídica, pero sin perder de vista que cada una de las dimensiones tiene sentido en relación a las otras dos, procurando obtener una visión de conjunto.

En segundo lugar, que el análisis de cada una de las dimensiones ha de ser necesariamente crítico, indagando la posible existencia de vacíos de justicia.

En tercer lugar, que aunque la visión de la relación jurídica se intente contextualizar en la *socialidad* de relaciones, y aunque el cuestionamiento sobre la justicia esté centrado en el comportamiento, en la medida en que se pretende un análisis jurídico -aun en un contexto interdisciplinar, que resulta enriquecedor para las dimensiones de *socialidad* y *reciprocidad* principalmente-, ha de ser la dimensión de la *institucionalidad* la que marque la argumentación, sin agotarla, quedando abierta a diversos matices posibles⁸².

5. Expediente de inclusión.

Ahora bien, en atención a las ideas propuestas y ante la problemática que se suscita sobre las situaciones de desigualdad y/o discriminación, de determinados colectivos de personas trabajadoras que por diversas razones sufren con respecto al resto de los trabajadores. En tal sentido, la OIT entiende por discriminación en el empleo y la ocupación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la

⁷⁹ Vid. SAVIGNY, F. C. (2005): *Tratado de la posesión*. MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Granada: Comares, *passim*.

⁸⁰ Efectivamente se trata de un método en proceso de maduración, desde el equipo investigador y a través de la dirección del mismo se asume como “un intento, al menos, de plantear cuestiones, más allá de las respuestas que se proponen, y que podrían, lógicamente, ser compartidas por unos y rechazadas por otros”. Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social... op. cit.*, pág. 14. En la actualidad, y con ocasión de la publicación de su obra colectiva *Justicia relacional y principio de fraternidad* -a la que nos hemos referido con anterioridad y aportamos como referencia bibliográfica- se sigue insistiendo en el hecho de que se trata de un método en proceso de maduración en el ámbito del equipo de investigación que constituye la Red internacional de estudios interdisciplinares sobre justicia relacional en el contexto del principio jurídico-político de fraternidad -RIF-. Especial consideración requieren los estudios de carácter práctico -llevados a cabo por investigadores de la Red mencionada- que mediante la aplicación de la metodología de análisis, alimentada desde el enfoque de justicia relacional, se han llevado a cabo y de cuya maduración colectiva son también buenos ejemplos los seis capítulos finales de la obra. Vid. MARQUEZ PRIETO, A. (2017): *Justicia relacional y principio de fraternidad...op. cit.*, págs. 219-in fine.

⁸¹ *Ibidem.*, págs. 198-215.

⁸² *Ibidem.*, pág. 199.

ocupación”⁸³. Se trata de realidades en la que una persona trabajadora se ve perjudicada profesional, salarial o moralmente respecto al resto de trabajadores por motivos que no están directamente relacionados con su actividad laboral. Es decir, la discriminación en el trabajo se produce cuando un trabajador presenta alguna diferencia con respecto al resto de la plantilla de la empresa o centro de trabajo, bien de tipo físico -como sucede con el origen étnico, el género, discapacidad o la incidencia de alguna enfermedad-, o de tipo cultural -como la nacionalidad o creencia religiosa-. El efecto que provoca en dichos trabajadores dará como resultado: horarios abusivos, salarios más bajos, acoso o ataques personales, pérdida de las opciones de promoción profesional, etc.

Sin embargo, dichas prácticas pueden dar lugar a situaciones de discriminación directa e indirecta. La primera de ellas se va a originar cuando se establezca una distinción, exclusión o preferencia explícita por uno o varios motivos de los expresados con anterioridad. Algunos ejemplos serían los siguientes: el establecimiento de una condición para el ascenso o promoción del mismo basada en razones de género -exclusivamente para hombres-; descartar la candidatura de una persona en un proceso de selección por la raza de que proviene; no tomar en cuenta la opinión de una persona por ser mujer; rescindir el contrato de trabajo de una persona por contraer una enfermedad; el acoso sexual de un jefe a su secretaria; incumplimiento de los derechos laborales en el caso de embarazo, puerperio o lactancia natural, etc.

Por su parte, la discriminación indirecta contempla aquellas medidas, situaciones o prácticas aparentemente neutrales pero que en realidad tienen un efecto negativo y perjudicial en las personas trabajadores pertenecientes a un colectivo determinado -por ejemplo trabajadores con una determinada orientación sexual o de mayor edad-. Esta categoría de discriminación, debido a su naturaleza más oculta, puede pasar fácilmente desapercibida y, por tanto, es la más difícil de detectar y atajar. Una práctica de discriminación indirecta por parte del empresario sería por ejemplo la organización de cursos de perfeccionamiento profesional a horas tardías, impidiendo a los trabajadores con responsabilidades familiares -de forma indirecta y sutil- la posibilidad de poder acudir a los mismos. Provocando de forma indirecta, y como resultado de esta práctica, que estos trabajadores con menos formación estén en una posición de desventaja respecto a la asignación posterior de tareas y posibilidades de promoción.

Consecuentemente, ambos tipos de discriminación -directa e indirecta- inciden de forma negativa en las relaciones laborales presentándose como un potente factor desestabilizador que tiene a su vez un hondo impacto en la sociedad. Por tanto, para poder lograr la eliminación en el empleo y la ocupación, no bastará con erradicar simplemente estas prácticas discriminatorias; además, será indispensable promover la igualdad de oportunidades y de trato en las relaciones laborales⁸⁴, de tal forma que permita a todas las personas trabajadoras desarrollar plenamente sus capacidades y cualificaciones de conformidad con sus preferencias para que puedan gozar de igualdad respecto de las condiciones de trabajo y acceso al empleo.

Ante la complejidad de la casuística presentada, nos preguntamos: ¿cómo deberíamos enfrentarnos a esta realidad desde el enfoque relacional? Sin duda, la respuesta al

⁸³ Vid. art. 1, a) del Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Apuntándose en dicho Convenio que no serán consideradas como discriminación: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado”.

⁸⁴ Es decir, propiciándose dicha igualdad de oportunidades y de trato en el trabajo en todas y cada una de las fases que conforman el mismo, incluidas la promoción profesional, acceso a la jubilación, remuneración, complementos salariales, formación profesional, desarrollo de las competencias profesionales, etc.

problema planteado no es sencilla; no obstante, podríamos abordar el tratamiento de dichas desigualdades y/o discriminaciones, desde la perspectiva relacional⁸⁵, reflexionando sobre la idea de que una gran cantidad de aspectos y ámbitos del Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social, de Prevención de Riesgos Laborales, etc., en general están relacionados con la protección jurídica de estos colectivos⁸⁶. Sin embargo, desde el enfoque de justicia relacional no es compatible la realización de un tratamiento jurídico protector frente a la discriminación o desigualdad de estas personas trabajadoras de forma fragmentada o diseccionada⁸⁷. Esta técnica llevaría implícita una doble consideración: la de la regulación jurídica de los trabajadores en general y la de aquellos que tienen especiales necesidades de protección. A contrario *sensu*, y desde el enfoque de justicia relacional, y como propuesta de *lege ferenda*, se sostiene que es mucho más adecuada la visión integral de la relación laboral como relación social, pretendiendo el Derecho del Trabajo⁸⁸ la inclusión del trabajador en un conjunto de relaciones sociales y en términos de justicia. Siendo esa misma finalidad, unitaria y esencial, la que ha de jugar a favor de las personas trabajadoras en situaciones de discriminación y/o desigualdad⁸⁹.

Adviértase que, desde el punto de vista relacional -como hemos analizado con anterioridad y que defendemos como enfoque viable-, las situaciones de discriminación y/o desigualdad en las que se encuentran determinados colectivos de personas trabajadoras son abordadas como necesidad o dependencia que se inscribe en la relación interpersonal, por lo que es necesario promover la inclusión social, de los sujetos no incluidos en la relación de interdependencia, en condiciones de simetría social⁹⁰ -al que

⁸⁵ Precisamente, y como muestra de la preocupación actual sobre esta problemática por parte de los juristas-laboralistas, dicho tema sería tratado en el XIII Congreso jurídico de la abogacía organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, celebrado durante los días 5 y 6 de octubre de 2017 en Marbella (Málaga). A propuesta de la Sección de Diversidad Funcional, y enmarcado en la ponencia titulada: “La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a las personas con discapacidad”, se disertó sobre la esencia y características fundamentales del modelo relacional, así como, las estrategias y metodología empleada para abordar el problema de las personas trabajadoras con discapacidad desde el punto de vista relacional. *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a las personas con discapacidad”, en *XIII Congreso jurídico de la abogacía ICA Málaga: celebrado el 5 y 6 de octubre de 2017*. Marbella (Málaga): Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

⁸⁶ Aunque la casuística es muy extensa, a modo de aproximación, destacamos y seleccionamos los siguientes supuestos: las prestaciones sociales por discapacidad o dependencia, el establecimiento de centros especiales de empleo -CEE-, la proscripción de todo tipo de discriminación por razón de la discapacidad, el acceso al empleo de personas con discapacidad, el fomento de la contratación de las personas con discapacidad a través de subvenciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, o a través el establecimiento de cuotas de contratación en empresas públicas o privadas para personas con discapacidad, etc.

⁸⁷ Reflexionando sobre esta idea, significa que el fenómeno de la discapacidad se aborda con una atención parcial, acentuada o especial, dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social, de la Prevención de Riesgos Laborales, etc. Es decir, considerar estas disciplinas como un conjunto de normas, incluyendo, dentro de ese conjunto, a algunas que se refieren a la discapacidad directa o indirectamente.

⁸⁸ Entendemos que se incluyen además, todas las disciplinas afines enumeradas con anterioridad por el profesor y que hacen referencia a las materias de Prevención de Riesgos Laborales, Empleo, Seguridad Social, etc.

⁸⁹ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a las personas con discapacidad”...*op.cit.*, *passim*.

⁹⁰ Desde la propia esencia del enfoque de justicia relacional se desprende la idea de que únicamente es posible el adecuado funcionamiento de las relaciones sociales interdependientes y recíprocas si se llevan a cabo partiendo previamente de una simetría social y afirmando en este sentido que cualquier solución jurídica inspirada por la idea de justicia relacional ha de pretender, ante todo, “horizontalizar” y nivelar las posiciones de asimetría social producidas por tantas situaciones de necesidad, de dependencia, de capacidades cercenadas o no desarrolladas. Sobre este asunto, y con especial consideración sobre su tratamiento actual, se destaca el análisis crítico que realiza Martha NUSSBAUM sobre la idea de

se ha hecho referencia *supra*, aunque de forma muy breve, a la hora de examinar los distintos supuestos de vacíos de justicia- y que desde el enfoque de justicia relacional se conoce con el término de “expediente de inclusión”, entendido como “el mecanismo relacional -que ha de ser suscitado necesariamente por la dimensión institucional del sistema jurídico- que exige integrar en la dinámica jurídica las situaciones de asimetría”⁹¹.

Otra concepción del “expediente de inclusión”, contextualizada y adaptada a la realidad del entorno empresarial, como estrategia de intervención propuesta desde este enfoque relacional, sería aquel consistente en la realización, como estrategia previa, de un mínimo mecanismo necesario para promover una simetría social de partida, que facilite, conforme a la propuesta de justicia relacional, el libre juego de la interdependencia recíproca, desde una pluralidad de actitudes personales. Pero, sobre todo, teniendo en cuenta que “la relación laboral es de tracto sucesivo, con efectos deseablemente estables y duraderos, y considerando que la organización empresarial de la gestión del trabajo es fuente constante de dependencia, en la medida en que ambas partes no se conduzcan voluntariamente con arreglo a una exquisita intención de justicia, queda el Derecho del trabajo⁹², con sus normas estatales o colectivamente pactadas, constituido en permanente expediente de inclusión”⁹³.

Así por ejemplo, si nos centramos en el tratamiento concreto de las situaciones de discriminación que padecen las personas trabajadoras con discapacidad en el contexto de las relaciones laborales, el debate actual se centra sobre la forma de concebir el fenómeno de la discapacidad⁹⁴, que por una parte enfrenta a un sector doctrinal que sostiene la presencia de un único modelo, el modelo social, frente a otro sector que defiende la existencia -en su lugar- del paradigma de la autonomía personal -integrado a su vez por el modelo social y el de la diversidad funcional-. Nuestro posicionamiento se sitúa en la línea dogmática que representa el paradigma de la autonomía personal, pues dicho paradigma es esencialmente relacional⁹⁵, presentando aspectos en común con el enfoque de la justicia relacional. Sin embargo, este sometimiento o subordinación, que se aprecia

cooperación social de John RAWLS, afirmando que dicha cooperación social “está basada en la idea de la reciprocidad entre individuos aproximadamente iguales, y no deja explícitamente espacio alguno para las relaciones de dependencia extrema”. *Vid.* NUSSBAUM, M. (2002): *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bolonia (Italia): Il Mulino, pág. 111.

⁹¹ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, pág. 172.

⁹² Tal como se ha expresado con anterioridad, debe entenderse que esta referencia al Derecho del trabajo también incluye otras disciplinas afines como Prevención de Riesgos Laborales, Empleo, Seguridad Social, etc.

⁹³ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, pág. 173.

⁹⁴ Destacando la mejora y el progreso -señalado por parte de la doctrina- que se produce con el paso de los paradigmas de etapas históricas anteriores al actual de la autonomía de la voluntad. *Vid.* CAMPOY CERVERA, I. (2007): *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid: Dykinson, pág. 10. También, y en este mismo sentido se puede ver en VICTORIA MALDONADO, J. A. (2013): “El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, págs. 1094-1095. Además, conviene tener muy presente que el modelo de la diversidad funcional se diferenciaba del modelo social por poseer una perspectiva de análisis tridimensional, abarcando el plano jurídico, social y bioético; por ende, los principios fundamentales sobre los que se sustentan son: la diversidad, la igualdad y la dignidad -tanto en su dimensión intrínseca como la extrínseca- y la clave para delimitar la pertenencia a este grupo no está en la diversidad funcional sino en la discriminación. *Vid.* VELARDE LIZAMA, V. (2012): “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, pág. 132.

⁹⁵ Adviértase que analizar e indagar sobre el carácter relacional -o no relacional- del paradigma de la autonomía personal, lleva implícito extender el reconocimiento de este carácter al modelo social, por quedar este integrado en el citado paradigma.

con una mayor intensidad en aquellos supuestos en los que uno de los sujetos intervinientes en la relación laboral es una persona trabajadora con discapacidad o en cualquier otra situación de desigualdad y/o discriminación con respecto al resto de los trabajadores⁹⁶, requiere una actuación que libere dicho sometimiento, bien sea de forma autónoma o de forma heterónoma, buscando la necesaria armonización de la dependencia con la interdependencia. Es decir, que mediante la aplicación metodológica que el enfoque de la justicia relacional propone, y ante una necesidad que podemos detectar desde el ámbito de *reciprocidad* -en base a la interdependencia-, se deberá actuar mediante la puesta en práctica del “expediente de inclusión”⁹⁷, como programa previo imprescindible, de tal forma que este mecanismo relacional corrija la asimetría social, y así, se pueda restablecer y facilitar el buen funcionamiento de la interdependencia recíproca. Ahora bien, ¿cómo podríamos efectivamente materializar esta actuación? Sin duda, la respuesta nos vendría dada desde la estrategia metodológica que nos proporciona la perspectiva relacional, deduciendo de la misma que será la dimensión de la *institucionalidad* la que ha de asumir el desafío de ofrecer un plano jurídico de paridad, de simetría, corrigiendo, ante todo, los desequilibrios existentes⁹⁸.

6. Conclusiones.

Ante los nuevos retos y problemas surgidos a raíz de los profundos cambios experimentados en la sociedad actual del trabajo y la necesidad de dar respuestas adecuadas a los mismos, nace un interés especial sobre la indagación de la idea de la justicia social y sus implicaciones prácticas en las relaciones laborales. Esta concepción previa de justicia comporta la aplicación al Derecho del trabajo -y a otras disciplinas afines- del enfoque relacional propio de la Sociología. En dichas investigaciones, que se abordan en un contexto interdisciplinar, experimentan un especial protagonismo, la Sociología, la Economía, la Filosofía, en relación continua y directa con el Derecho. Desde estos planteamientos iniciales, nuestro estudio se ha centrado en la aplicación del enfoque de justicia relacional, como metodología de análisis que, aplicada en el contexto actual de las relaciones de trabajo, se muestra como una herramienta eficaz que podrá favorecer su comprensión y alcance, con especial atención a las situaciones de desigualdad y/o discriminación.

⁹⁶Entiéndase que esta proposición también es válida para aquellos supuestos en los que la subordinación o sometimiento se presentan en un grado menor.

⁹⁷ Conforme a esta hipótesis y conectando con la Teoría de la justicia propuesta por John RAWLS, en la que se plantea una reciprocidad entre individuos aproximadamente iguales; debemos advertir que, a pesar de ello, existe también un intento, por parte de este autor, en recurrir a “ciertos expedientes”, como por ejemplo el “velo de la ignorancia”. *Vid.* RAWLS, J. (1971): *A theory of justice*, Cambridge (Estados Unidos): Harvard University Press, págs. 32 y 412-413. También y sobre este mismo tema, puede consultarse en HABERMAS, J. y RAWLS, J. (1998): *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Paidós, págs. 75 y ss. Por otra parte, se aprecia en la obra de RAWLS un intento de recurrir a ciertos expedientes, que han sido calificados por MÁRQUEZ PRIETO como un “modo de promover la solidaridad”. *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, pág. 173. Al hilo de lo expuesto, también la autora estadounidense Martha NUSSBAUM ha expresado de forma muy clara la necesidad de encontrar “expedientes de inclusión” que atiendan y respondan a necesidades concretas, socialmente estructuradas, de tal forma que se pueda alcanzar la inclusión social de aquellas personas no incluidas desde una perspectiva de simetría social en la relación de interdependencia. *Vid.* NUSSBAUM, M. (2002): *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone...**op. cit.*, p. 111.

⁹⁸ *Vid.* MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”...*op. cit.*, págs. 172-173.

Del análisis de las influencias doctrinales históricas, como contribución sustancial a la configuración del enfoque de justicia relacional, conviene destacar la realizada por el economista napolitano del siglo XVIII Antonio GENOVESI y autor de la obra *Lezioni di economia civile*. Este autor, contemporáneo de Adam SMITH, compartió con él la crítica del mundo feudal y la creencia de que el mercado contribuiría a la construcción de un mundo más igualitario y más libre. Sin embargo, mientras aquel tenía una visión pesimista del hombre basada en el individualismo de intereses, GENOVESI afirmaba que la persona era el equilibrio de dos fuerzas: las de interés para yo y la solidaridad social; el sujeto aparece como una realidad relacional hecha para la reciprocidad. De ahí su idea del mercado como “asistencia mutua”. No obstante, fueron las ideas del economista inglés las que calaron con gran aceptación en la sociedad de aquella época. Ahora bien, no se puede obviar que la concepción de la economía por GENOVESI fuera también una referencia a seguir, aunque de forma localizada y minoritaria. Un ejemplo de esta influencia -desconocida y casi inédita en las investigaciones- va a tener lugar en España a cargo del jurista valenciano Bernardo Joaquín DANVILA y VILLARRASA.

Indagar sobre la esencia misma del enfoque relacional, es decir, el porqué de la justicia relacional, implica analizar el contenido -o vacío- de justicia existente en la relación interpersonal, en las diversas dimensiones de las relaciones sociales. Además, debe subrayarse que la justificación de la razón de ser o el porqué de la justicia relacional encuentra su origen en la separación entre el Derecho y la idea de justicia -que va a suceder al finalizar la Edad Moderna-. A su vez, este hito histórico -provocado por el desbordamiento de la idea moderna de justicia- va a requerir que para poder superar este problema se tenga que abordar esta nueva idea de justicia, no como fundamento, sino como resultado. Respecto a la configuración del enfoque de justicia relacional, se distinguen en su ordenación estructural tres dimensiones: reciprocidad, institucionalidad y socialidad. Desde esta triple perspectiva, y superando el análisis unidimensional basado exclusivamente en la aplicación estricta de la norma jurídica -institucionalidad-, se considera fundamental la dimensión del trato o comportamiento recíproco -reciprocidad-, así como, el respeto a determinados valores que fortalecen la confianza en las relaciones laborales -socialidad-.

Por otra parte, de la relación se podrá derivar alguna situación que lleve implícita la ausencia de justicia y, que a su vez, habrá de conectarse con el vacío relacional, de manera que, mediante el análisis de estos vacíos de justicia, se podrá indagar sobre las causas que han impedido que dicha justicia relacional se pudiera desarrollar. En este sentido, la falta de justicia se produce en situaciones en que no existe una verdadera justicia relacional, por ello los vacíos de justicia son desequilibrios que se manifiestan por un déficit de adaptación de la relacionalidad a la reciprocidad o al contrario, por un déficit de la reciprocidad con respecto a la relacionalidad. No obstante, en las relaciones de intercambio entre lo empresarial y lo personal constituye un entrelazamiento en el que el eje de la reciprocidad cobra un protagonismo destacado que hace que esta dimensión asuma la iniciativa.

Respecto a las situaciones de discriminación y/o desigualdad en las que se encuentran determinados colectivos de personas trabajadoras que, por diversas razones -discapacidad, edad, sexo, etc.-, sufren en relación al resto de los trabajadores, se observa la necesidad de una actuación que libere dicho sometimiento, bien sea de forma autónoma o de forma heterónoma, buscando la ineludible armonización de la dependencia con la interdependencia. Es decir, se deberá actuar mediante la puesta en práctica del “expediente de inclusión”, como programa previo imprescindible, de tal forma que este mecanismo, propio del enfoque de justicia relacional, corrija la asimetría social y, de esta

manera, pueda restablecer y facilitar el buen funcionamiento de la interdependencia recíproca. Si bien, conviene precisar que será la dimensión de la institucionalidad la que ha de asumir el liderazgo necesario que corrija los desequilibrios existentes; promoviendo, de esta forma, la inclusión social de los sujetos no incluidos en la relación de interdependencia, en condiciones de simetría social.

Sin embargo, desde el enfoque de justicia relacional no es compatible la realización de un tratamiento jurídico protector frente a la discriminación o desigualdad de estas personas trabajadoras de forma fragmentada o diseccionada. Esta técnica llevaría implícita una doble consideración: la de la regulación jurídica de los trabajadores en general y la de aquellos que tienen especiales necesidades de protección. Por nuestra parte, y desde el enfoque de justicia relacional -como propuesta de *lege ferenda*-, se sostiene que es mucho más adecuada una regulación unitaria basada en la visión integral de la relación laboral como relación social, pretendiendo el Derecho del Trabajo la inclusión del trabajador en un conjunto de relaciones sociales y en términos de justicia. Siendo esa misma finalidad, unitaria y esencial, la que ha de jugar a favor de las personas trabajadoras en situaciones de discriminación y/o desigualdad.

Bibliografía.

- ARRIGO, G. (2004): “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 52: págs.13-29.
- BAGGIO, A. M. (2006): *Il principio dimenticato. La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*, Roma (Italia): Città Nuova.
- BAGGIO, A. M. (2012): “La fraternidad como categoría política”, en BAGGIO, A. M., COSSEDDU, A. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (coord.). *Fraternidad y justicia*, Granada: Comares.
- BRUNI, L. (2005): “Hic Sunt Leones: Social Relations As Unexplored Territory in the Economic Tradition”, en GUY, B. y SUGDEN, R. (eds.) *Economics and Social Interactions*, Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press.
- BRUNI, L. (2006): *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, Milán (Italia): Bruno Mondadori.
- BRUNI, L. (2006): *Civil Happiness: Economics and Human Flourishing in Historical Perspective*, Londres (Reino Unido) y Nueva York (Estados Unidos): Routledge.
- BRUNI, L. (2010): *L'ethos dell mercato. Un'introduzione ai fondamenti antropologici dell'economia*, Milán-Turín (Italia): Bruno Mondadori.
- BRUNI, L. (2012): *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Roma (Italia): Città Nuova.

- BRUNI, L. y ZAMAGNI, S. (2013): “Introduzione”, en GENOVESI, A.: *Lezioni di economia civile*, Milán (Italia): Vita e Pensiero, Francesca Dal Degan, págs. VII-XXII.
- CAMPOY CERVERA, I. (2007): *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid: Dykinson.
- CATALANO, A. y MALANDRINI, S. (2006): “Costo del lavoro e nuovi modelli organizzativi”, en MALANDRINI, S. y RUSSO, A.: *Lo sviluppo del ‘capitale umano’ tra innovazione organizzativa e tecniche di fidelizzazione*, Milano (Italia): Giuffré Editore.
- CERVERA FERRI, P. (S/F): “Bernardo Joaquín Danvila y Villarrasa”, en VV. AA. *Real Academia de la Historia. DBE*, págs. s/n. Disponible en: <http://dbe.rah.es/biografias/21094/bernardo-joaquin-danvila-y-villarrasa>.
- DANVILA Y VILLARRASA, B. J. (2008): *Lecciones de Economía Civil o de el Comercio. Estudio introductorio y edición anotada por Pablo Cervera Ferri (MDCCLXXIX)*, Zaragoza: Institución “Fernando el Católico”- Biblioteca Ernest Lluch de Economistas Aragoneses 10.
- DONATI, P. (1986): *Introduzione alla sociologia relazionale*, Milán (Italia): Franco Angeli (2ª ed.).
- DONATI, P. (2002): “Ciudadanía y Sociedad Civil: dos paradigmas (ciudadanía lib/lab y ciudadanía societaria)”, *Reis*, núm. 98: págs. 37-64.
- DONATI, P. (2005): “Quale conciliazione tra famiglia e lavoro? La prospettiva relazionale”, en DONATI, P.: *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie*, Milán (Italia): Franco Angeli.
- DONATI, P. (2006): *Repensar la sociedad*, Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.
- DONATI, P. (2013): *Sociologia relazionale. Come cambiare la società*, Brescia (Italia): Editrice La Scuola.
- DONATI, P. y CALVO, P. (2014): “New Insights into Relational Goods”, *Recrea. Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 14: págs. 7-17.
- FELBER, C. (2012): *La economía del bien común*, Bilbao: Deusto.
- GENOVESI, A. (2013): *Lezioni di economia civile*, Milán (Italia): Vita e Pensiero, Francesca Dal Degan.
- HABERMAS, J. (1998): *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- HABERMAS, J. (2010): *Facticidad y Validez (6ª ed.)*, Madrid: Trotta editorial.

- HABERMAS, J. y RAWLS, J. (1998): *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Paidós.
- HEILBRONER, R. (S/F): *Adam Smith. Scottish Philosopher*, en Encyclopaedia Britannica. Disponible en: <https://www.britannica.com/biography/Adam-Smith>.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2008): *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de juegos y relaciones laborales en la empresa*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2012): “Justicia relacional y fraternidad”, en BAGGIO, A. M., COSSEDDU, A. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (coord.). *Fraternidad y justicia*. Granada: Comares.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2014): “La Justicia Relacional como círculo virtuoso”, *Recrea, Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 14: págs. 117-143.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2015): “La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común)”, *Revista Centro de Estudios Financieros*, núm. 382: págs. 13-42.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Justicia relacional: enfoque línea y método”, en MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coord.) *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters, págs. 145-215.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “Una investigación en equipo sobre justicia relacional y principio de fraternidad”, en MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coord.), *Justicia relacional y principio de fraternidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi - Thomson Reuters, págs. 17-28.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. (2017): “La nueva Ley andaluza de Derechos y Atención a las personas con discapacidad”, en *XIII Congreso jurídico de la abogacía ICA Málaga: celebrado el 5 y 6 de octubre de 2017*. Marbella (Málaga): Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.
- MONTEIRO FERNANDES, A (2006): “L’effettività nel Dirirtto del lavoro: il caso portoghese”, *Revista Italiana di Diritto del lavoro*, núm. 1: págs. 7-19.
- NUSSBAUM, M. (2002): *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bolonia (Italia): Il Mulino.
- RAWLS, J. (1971): *A theory of justice*. Cambridge (Estados Unidos): Harvard University Press.
- SAVIGNY, F. C. (2005): *Tratado de la posesión*. MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), Granada: Comares.
- SMITH, A. (2002): *The Theory of Moral Sentiments (1ª ed. 1759)*, Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press.

- SMITH, A. (2008): *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: A Selected Edition*, en SUTHERLAND, K (ed.). Oxford (Reino Unido): Oxford Paperbacks.
- TEUBNER, G. (2005): *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma (Italia): Armando Editore.
- TREU, T. (1999): "Sviluppare la competitività e la giustizia sociales: le relazioni tra istituzioni e parti sociali", en VV. AA. *Studi sul lavoro. Scritti in onore de Gino Giugni (Tomo II)*, Bari (Italia): Cacucci.
- VALLESPÍN, F. (1998): "Introducción. Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas", en HABERMAS, J. y RAWLS, J. *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Paidós.
- VELARDE LIZAMA, V. (2012): "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, págs. 115-136.
- VICTORIA MALDONADO, J. A. (2013): "El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, págs. 1093-1109.
- ZAMAGNI, S. (2012): *Por una economía del bien común*, Madrid: Ciudad Nueva.
- ZAMAGNI, S. (2012): "Bene comune e fraternità. Il contributo italiano alla storia del Pensiero", en *Treccani.it. L'enciclopedia italiana. Economía*. Disponible en: <http://www.treccani.it>.

ESTUDIO DEL ACOSO ESCOLAR Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES AL HILO DE LA PELÍCULA «BULLYING»: UN APRENDIZAJE DEL DERECHO PENAL DE MENORES A TRAVÉS DEL CINE

Study of bullying and criminal responsibility of minors at thread of the movie «Bullying»: a learning of the criminal law of minors through the cinema.

Recibido: 21 de mayo de 2019
Aceptado: 28 de octubre de 2019

Almudena Valiño Ces
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela
almudena.valino@usc.es

“La educación es el arma más poderosa que puedes utilizar para cambiar el mundo”
Nelson Mandela

RESUMEN

Desde una perspectiva pro-innovación, la utilización del cine como recurso educativo para el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho resulta más que común, toda vez que el cine constituye una herramienta muy útil al servicio de los docentes para la impartición de sus materias jurídicas a los estudiantes. Justamente por ello, partimos del visionado de la película «Bullying», que permite analizar y profundizar en la problemática del acoso escolar y la responsabilidad penal que deben asumir los menores por la comisión de este tipo de actos ilícitos.

PALABRAS CLAVES

Acoso escolar, bullying, justicia penal, responsabilidad penal, menores, recurso educativo, innovación docente.

ABSTRACT

From a pro-innovation perspective, the use of cinema as an educational resource for the law teaching-learning process is more than common, since cinema is a very useful tool at the service of teachers for the teaching of their legal subjects to the students. Precisely for this reason, we start from the viewing of the film «Bullying», which allows analyzing and deepening the problem of school bullying and the criminal responsibility that minors must assume for the commission of this type of illegal acts.

KEYWORDS

School bullying, bullying, criminal justice, criminal responsibility, minors, educational resource, teacher innovation.

Sumario: 1. Introducción. 2. La película «Bullying». 3. Análisis del acoso escolar desde una perspectiva jurídica. 3.1. Aproximación al concepto. 3.2. Tratamiento en la normativa española. 3.3. Estudio de las medidas previstas en la LO 5/2000. 3.4. Soluciones extrajudiciales frente al acoso escolar: creación de programas de mediación en los centros escolares. 3.4.1. Cuestiones generales. 3.4.2. El proceso de normativización de la mediación escolar. 4. El cine como recurso educativo para la explicación del sistema de responsabilidad penal del menor. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción.

Los problemas de acoso escolar o *bullying* en los centros educativos existen y son, cada vez, más frecuentes. Ello, no obstante, este fenómeno del acoso en las aulas va más allá de lo que sucede en el entorno docente, toda vez que lo que ocurre en los centros escolares es, en numerosas ocasiones, un reflejo de lo que acontece en la vida en todos sus aspectos. Las controversias, la violencia, la conflictividad están en la calle, en la vida doméstica, en el ámbito social, con amigos, con compañeros de actividades extraescolares, en el vecindario. En otras palabras, el acoso puede producirse en todos los ámbitos de la vida, como un fenómeno no solo social, en tanto surge y se desarrolla en un determinado clima de relaciones humanas, que lo potencia, lo permite o lo tolera, sino también psicológico, porque afecta personalmente a los individuos que se ven envueltos en este tipo de problemas¹.

Por ello, deviene necesario reflexionar acerca de esta problemática desde diferentes perspectivas. Por un lado, en el plano jurídico, a fin de dilucidar la responsabilidad de quien haya podido incurrir en este tipo de conductas y determinar, de ser el caso, si ésta es civil o penal o disciplinaria por un determinado hecho acaecido². Y por otro, en el plano educativo, donde se observa la necesidad de implantar programas de mediación, formar a mediadores para que en este contexto puedan ayudar a resolver, si es posible, esta problemática que se presenta en el día a día y, sobre todo, para prevenir los conflictos que puedan surgir.

¹ A juicio de MAGRO SERVET, la escuela es “una de las arenas donde los niños y jóvenes aprenden formas de vincularse, y donde no sólo expanden las experiencias aprendidas a su núcleo familiar, promoviendo conductas fuera de la escuela, sino a su vez condicionan este espacio por las experiencias familiares y vecinales”. Así, se entiende que la escuela no se encuentra al margen de la comunidad, por lo que también padece el impacto de lo que sucede habitualmente en la ciudad, en las familias, en los medios de comunicación. Para este autor, la violencia y la inseguridad representan en la actualidad un problema de todos. Por ello, es fundamental no solo realizar un diagnóstico jurídico-social acerca de cómo los jóvenes viven situaciones diarias de violencia, sino también descubrir lo que está pasando, cómo los jóvenes pueden aprender otras vías alternativas para solucionar los conflictos, y en qué medida la ley y la educación han de coordinarse en orden a contribuir a que los jóvenes se responsabilicen de sus comportamientos antisociales y se posicionen racionalmente frente a ciertos fenómenos de acoso desde la empatía y solidaridad con las víctimas de este tipo de comportamientos (MAGRO SERVET, V. (2014), “Otras formas de violencia sobre los menores. El acoso escolar”, *La Ley Derecho de familia*, 12 de noviembre, Editorial La Ley).

² PÉREZ MARTELL, R. (2012), “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”, *Diario La Ley*, núm. 7978, Sección Doctrina, 4 de diciembre, Ref. D-431, Editorial La Ley.

2. La película «Bullying».

Desde una perspectiva pro-innovación³, la utilización del cine como recurso educativo para el aprendizaje del Derecho resulta más que común, toda vez que el cine constituye una herramienta muy útil, pues la interacción es mutua, en el sentido de que el cine se ocupa del Derecho y el Derecho tiene también el cine como objetivo⁴. Tanto es así que muchos argumentos cinematográficos tienen como trama principal asuntos jurídicos.

Asimismo, la introducción del cine como recurso docente aplicado a la enseñanza del Derecho proporciona elevados resultados de aprendizaje. Se considera que resulta más sencillo captar la atención del alumnado con la proyección de una película que con una exposición de diapositivas repletas de esquemas y comentarios escritos. Y ello porque, en un ámbito como el jurídico, caracterizado por una vertiente teórica muy clara, sin duda, los códigos y los manuales prevalecen como herramienta básica para el estudio de cualquier materia, pero el estudio de instituciones, principios y conceptos jurídicos mediante películas conlleva un paso más en el desarrollo de nuevas metodologías, que favorecen el aprendizaje completo a través de la aplicación práctica⁵. Por tal motivo, es fácil comprender que el cine jurídico se haya convertido en objeto de investigación y en instrumento para la docencia.

Justamente por ello, partimos del visionado de la película «Bullying»⁶, que permite analizar y profundizar en la problemática del acoso escolar, a fin de darle una vuelta de tuerca al recurso mencionado para optimizar sus posibilidades a la hora de la enseñanza-aprendizaje e incrementar, así, la capacidad de estimulación del alumnado. Ahora bien, cuando el cine se integra en el seno de determinadas asignaturas del Grado en Derecho o del Grado de Criminología, debe complementarlas o combinarse con otras formas de enseñanza, no sustituirlas.

³ Al aludir a la innovación, en tanto constituye una actividad inherente a la propia docencia, nos referimos a un proceso que implica la introducción de cambios que producen mejora, cambios que responden a un proceso planeado, deliberado, sistematizado e intencional. Por tanto, no nos encontramos ante una cuestión casual o espontánea, sino intencional e impulsada voluntariamente (CASAL OTERO, L. (2019), “La innovación educativa en la educación superior”, en OTERO CRESPO, M., ALONSO SALGADO, C. (Dirs.), VALIÑO CES, A. Y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coords.), *Investigación y Docencia en Derecho: nuevas perspectivas*. A Coruña: Colex, p. 19).

⁴ En este sentido, cabe destacar tres posibles perspectivas del movimiento Derecho y Cine. En primer lugar, el Derecho en el Cine, en tanto se ocupa de analizar la presencia del fenómeno jurídico en las películas, esto es, pone el acento en el tratamiento cinematográfico de cuestiones, problemas o situaciones con relevancia jurídica; en segundo lugar, el Derecho como Cine, en cuyo caso se encargaría del Derecho como drama y, por ende, fundamentalmente de los aspectos de dramatización propios del Derecho, sobre todo del proceso; y en tercer lugar, el Derecho del Cine, también denominado Derecho cinematográfico y que está formado por las normas jurídicas que regulan en sus diversos aspectos el fenómeno cinematográfico. Se trata de un estudio temático de derecho positivo que comprende los diferentes sectores del ordenamiento jurídico –constitucional, civil, penal, administrativo, mercantil, etc.–, así como las correspondientes resoluciones judiciales y trabajos doctrinales. A fin de profundizar en estas tres perspectivas, véase: PRESNO LINERA, M. A. y RIVAYA, B. (2006), *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17 a 19.

⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2015), “El cine como recurso docente aplicable a la enseñanza del derecho administrativo”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 11, enero, pp. 98 y 99.

⁶ A fin de conocer la ficha técnico-artística de la película, véase VALIÑO CES, A. (2018), “Material didáctico sobre la película «Bullying»”, *Revista electrónica Proyecto DeCine*, 12 de noviembre. Disponible en <https://proyectodecine.wordpress.com/2018/11/12/materia-didactico-abierto-bullying/>.

Este filme narra la historia de Jordi, un adolescente de 15 años que ha perdido recientemente a su padre y que, junto con su madre, decide cambiar de ciudad para iniciar una nueva vida. Al principio todo parece ir bien, pero el destino le reserva una terrible sorpresa, pues cuando traspasa las puertas de su nuevo instituto, cruza sin saberlo la tenebrosa frontera del mismísimo infierno. Y quien le invita a entrar en él, es Nacho, un compañero de clase que, a pesar de su edad, pertenece a la raza de los que se alimentan únicamente del miedo y del dolor ajeno. Nacho será capaz de lograr que, en la pesadilla que sumerge a Jordi, cada día que pase sea superado en violencia y crueldad por el siguiente. Frente a esta situación, y tratando de encontrar una salida desesperadamente, Jordi emprenderá un aterrador viaje en el que experimentará en primera persona lo que es la humillación, la maldad, el miedo, la violencia y el pánico y en el que los enemigos serán sus propios compañeros de clase.

En esta búsqueda desesperada, las personas que acompañarán a nuestro protagonista serán, por un lado, Julia, una madre confundida que no logra entender lo que ocurre y que se presenta como un oscuro y misterioso personaje que carga con un secreto del pasado, y por otro, Annia, una chica capaz de comprender a Jordi, porque ella también conoce los mil rostros del horror. Un viaje cuyo término será decidido en una reacción final por el propio Jordi, quien como cualquier ser humano tiene en la libertad una meta vital indispensable.

«Bullying» es, sobre todo, una película que incita a la reflexión sobre la actual regulación del sistema penal de los menores. Son muchos los mensajes que transmite, entre los que cobran especial importancia los actos llevados a cabo por menores y sus consecuencias jurídicas⁷. Y ello porque la palabra bullying se ha hecho tristemente conocida en los medios de comunicación para designar los casos de acoso escolar y éste es precisamente el tema central que aborda la película.

Con todo, el *leitmotiv* de este filme se complementa, desde la óptica jurídica, con el tema de la responsabilidad penal que deben asumir los mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de ilícitos penales contemplados en el Código Penal y en las restantes leyes penales especiales, siempre que no concurra en ellos ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal previstas en esta norma. En concreto, una responsabilidad que conllevará unas consecuencias y que se encuentra expresamente regulada en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁸. Esta Ley contiene normas específicas y un procedimiento especial

⁷ Entre las lecturas recomendadas a este respecto, cabe destacar: RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2007), *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Madrid: Ediciones del Laberinto, S.L.; MONTERO HERNANZ, T. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2016), *Derechos de las personas a las que se aplique la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Valencia: Tirant lo Blanch; ZABAY, M. y CASADO, A. (2018), *Todos contra el bullying. Claves para detectar, evitar y solucionar el acoso escolar*. Barcelona: Alienta Editorial; o JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (2015), “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 17-19, pp. 1-36.

⁸ En adelante, LO 5/2000.

El 13 de enero de 2001 entró en vigor esta Ley y desde entonces ha sido objeto de numerosas reformas, intentándose adaptar a los cambios que han tenido lugar en la sociedad, introduciéndose dos novedades: establece por primera vez términos como la responsabilidad civil del menor y la responsabilidad civil solidaria –con la finalidad de reparar el daño a la víctima- e impone un régimen específico para todos los mayores de 14 y menores de 18 que cometan un delito.

Lo cierto es que el objetivo principal de esta Ley no es el de imponer penas a los infractores, sino más bien medidas destinadas a la reeducación que logren la total reinserción del menor en la sociedad.

para el enjuiciamiento de los menores, diferentes a las contempladas en el Código Penal⁹ y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰ para el enjuiciamiento de los mayores de edad¹¹.

3. Análisis del acoso escolar desde una perspectiva jurídica.

3.1. Aproximación al concepto.

La violencia escolar, en sus distintas manifestaciones, ha adquirido un especial protagonismo en los últimos años. A ello ha favorecido el notable incremento de las agresiones o actos violentos en nuestros centros educativos, perturbando su normal desarrollo y generando cierta alarma en la sociedad o, cuanto menos, un gran reproche social por la perversidad o nula sensibilidad que el agresor o agresores vienen a experimentar en la producción de los daños.

Sin perjuicio de que estos actos violentos se proyectan en diversos ámbitos, lo cierto es que donde mayor incidencia está adquiriendo la violencia es en las agresiones –tanto físicas como psicológicas– entre compañeros, que la mayoría de las veces son grabadas en el móvil y difundidas por Internet, constituyendo el fenómeno conocido como acoso escolar, maltrato entre iguales o bullying¹².

Este fenómeno del acoso escolar, de acuerdo con la Real Academia española, es definido como el acoso que uno o varios alumnos, en centros de enseñanza, ejercen sobre otro con el fin de denigrarlo y vejarlo ante los demás, lo que puede provocar su exclusión social. En consecuencia, se entiende que existe acoso escolar cuando hay una conducta de maltrato físico, psicológico o verbal de un escolar a otro, de una forma reiterada y en una situación de superioridad. Por lo que el elemento que diferencia el acoso escolar de un conflicto puntual entre escolares es la repetición en el tiempo, de manera tal que lo que al final sucede es una situación de daño físico y psicológico al menor.

Al hilo de esta idea, es numerosa la doctrina que se pronuncia acerca del concepto de acoso escolar. Así, FERRO VEIGA entiende que se trata de “*cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico, producido entre escolares de forma reiterada a lo largo de un tiempo determinado*”¹³. Por su parte, RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI señala que se pueden integrar dentro del acoso escolar las conductas de agresión física, psicológica o moral de un grupo de alumnos sobre otro u otros¹⁴. GONZÁLEZ PÉREZ y SANTIUSTE BERMEJO consideran que “*un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo*

⁹ En adelante, CP.

¹⁰ En adelante, LECrim.

¹¹ En este sentido, cabe destacar que la naturaleza de la ley es penal, aunque su objetivo último sea sancionador o educativo. Por naturaleza penal nos referimos, al igual que ocurre en los adultos, a que la ley castiga los delitos y bajo su regulación se celebran juicios con fiscal y abogado defensor en los que se impone una pena. Lo único que diferenciaría a esta ley es que con ella no se pretende únicamente castigar, sino más bien reeducar, fomentar el buen desarrollo y prevenir que el delincuente juvenil cometa más delitos en el futuro.

¹² BERROCAL LANZAROT, A. I. (2010), “La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes”, *Diario La Ley*, núm. 7359, año XXXI, 10 de marzo, Ref. D-79, Editorial La Ley.

¹³ FERRO VEIGA, J. M. (2012), *Bullying o acoso escolar. La respuesta jurídico-legal*. Jaén: Formación Alcalá, p. 9.

¹⁴ RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2007), *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad...*, op. cit., p. 65.

otro alumno o varios de ellos”¹⁵. De igual modo, para PÉREZ MACHÍO, el bullying consiste en un tipo de acoso moral circunscrito al ámbito escolar que aun cuando comparte con el mobbing varios de los elementos sustantivos, nada tiene que ver con el mundo del trabajo¹⁶. En la misma línea, CASTILLEJO MANZANARES lo concibe como actos repetidos, por parte de uno o más alumnos, de intimidación y acoso, como son insultos, motes, vejaciones, aislamiento social, rumores a otro –la víctima–. A su juicio, el maltrato puede ser: físico, a través de empujones, patadas, puñetazos, etc.; verbal, se expresa por medio de insultos, motes, humillaciones públicas, burlas acerca de algún defecto real o imaginado, etc.; psicológico, este componente está presente en todas las modalidades de maltrato y genera temor en la víctima; o social, se trata de aislar o desprestigiar a la víctima, rompiendo o debilitando su nexo de unión con el entorno social, dejándola sola y, por tanto, indefensa¹⁷.

Habida cuenta de lo acabado de exponer, POLVOROSA ROMERO entiende que los elementos que definen el acoso escolar son, en primer lugar, la continuidad en el tiempo, pues para que la conducta sea considerada como tal debe ser reiterada¹⁸, generando en el menor acosado una situación de ansiedad y miedo de que se vuelva a repetir; en segundo lugar, la intencionalidad que suele existir en herir o dañar a la otra parte, aunque en ocasiones, y sobre todo cuando ese acoso se da entre niños pequeños, este punto puede ser cuestionado, ya que simplemente el motivo del acoso puede ser querer conseguir una situación de liderazgo sobre los compañeros por parte del menor acosador; y en tercer lugar, la superioridad, bien porque el menor acosador sea mayor por edad, por condiciones físicas, por realizar ese hostigamiento en grupo, etc¹⁹.

Asimismo, es numerosa la jurisprudencia que define lo que se entiende por acoso escolar o bullying. A modo de ejemplo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia núm. 960/2009, de 3 de diciembre, lo califica como “*cualquier forma o conjunto de actividades agresivas, intencionadas y repetidas que ocurren sin motivación evidente, adoptadas por uno o más*”

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. y SANTIUSTE BERMEJO, V. (2004), “Los conflictos entre alumnos: características e intervención para una sociedad democrática”, *Revista de Psicología General y Aplicada*, núm. 57 (3), p. 362.

¹⁶ PÉREZ MACHÍO, A. I. (2007), “Tratamiento xurídico-penal do bullying”, en XUNTA DE GALICIA, *Menores e xuventude: novos retos*. Cambados (Pontevedra): Consellería de Presidencia, Academia Gallega de Seguridad Pública, p. 45.

¹⁷ También alude al ciberbullying, en tanto consiste en el uso de los medios telemáticos (internet, telefonía móvil y videojuegos online principalmente) para ejercer el acoso psicológico entre iguales. A este respecto, es preciso que haya menores en ambos extremos del ataque para que se considere ciberbullying (CASTILLEJO MANZANARES, C. (2017), “La mediación en el ámbito educativo”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y VALIÑO CES, A. (Coords.), *La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, p. 307).

¹⁸ La exigencia de, al menos, una cierta repetición de los actos de agresión, se vincula a la necesidad de que estos sean susceptibles de quebrantar la resistencia física o moral de la víctima, dado que un hecho violento puntual, no resulta suficiente para ocasionar el desmoronamiento de la persona, característico del acoso. Así pues, una agresión aislada podría generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero no parece que pudiera calificarse como un caso de acoso escolar (FRANCO GARCÍA, M. A. (2016), “Los nuevos criterios atributivos de responsabilidad patrimonial en el acoso escolar entre alumnos”, *Actualidad administrativa*, núm. 4).

¹⁹ Una situación que normalmente no se califica como acoso escolar, pero es una de las formas más crueles de acoso, son los rumores, los chismes, cuyo fin es destruir la reputación del menor acosado y lograr con ello su aislamiento. Y en este punto las redes sociales, los grupos de whatsapp, es decir, el acceso que están teniendo los menores a Internet, están jugando un papel crucial (POLVOROSA ROMERO, S. (2017), “El acoso escolar llevado a internet: los smartphone y smartwatch”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 14).

estudiantes contra otro u otros. El que ejerce el bullying lo hace para imponer su poder sobre el otro, a través de constantes amenazas, insultos, agresiones, vejaciones, etc., y así tenerlo bajo su completo dominio a lo largo de meses e incluso años. Pero esta conducta, constitutiva de gran alarma social no puede tampoco estimarse a la ligera, debe ser objeto de un minucioso seguimiento, control, diagnóstico y signos evidentes de su presencia por el entorno”. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 147/2017, de 21 de abril, sostiene que el acoso escolar “*requiere para poder definirse como tal, según autorizada definición doctrinal, una serie de actos o incidentes intencionales, de naturaleza violenta –constitutivos de agresión física o psíquica y caracterizada por su continuidad en el tiempo– dirigidos a quebrantar la resistencia física o moral de otro alumno, que tienen lugar entre alumnos menores de edad, cuando se hallan éstos bajo la vigilancia y guarda de un centro educativo”.*

Desde una perspectiva legislativa, y a modo de ejemplo, la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de Galicia, en su artículo 28, define el acoso escolar en los siguientes términos: “*A los efectos de la presente ley, se considera acoso escolar cualquier forma de vejación o malos tratos continuados en el tiempo de un alumno o alumna por otro u otra u otros, ya sea de carácter verbal, físico o psicológico, incluido el aislamiento o vacío social, con independencia del lugar donde se produjese. Tendrán la misma consideración las conductas realizadas a través de medios electrónicos, telemáticos o tecnológicos que tuvieran causa en una relación que surja en el ámbito escolar”.*

3.2. Tratamiento en la normativa española.

El acoso escolar no constituye un fenómeno nuevo, sino que lleva ocurriendo desde hace décadas. Sin embargo, no es hasta 1970 cuando algunos estados comienzan a dar la voz de alarma acerca de la grave problemática que están sufriendo algunos alumnos. Tomando como punto de partida la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989, algunos países como Suecia, Noruega, Francia, Alemania, Inglaterra o Estados Unidos empezaron a desarrollar leyes para proteger a sus menores del fenómeno del bullying. Y ello porque los estados se plantearon que debían buscar activamente una solución a estos problemas, puesto que, si todos los delitos de violencia deben ser combatidos, en los casos de acoso escolar el celo debe ser aún mayor, dada la especial vulnerabilidad de los menores y los graves efectos de la violencia en la formación de la personalidad y en la sociabilidad del niño²⁰.

Por lo que respecta a nuestro país²¹, cabe referirse a la LO 5/2000, en tanto su artículo 1.1 señala que “*esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas*

²⁰ Por ello, el Parlamento Europeo aprobó un programa de acción comunitaria, el Programa DAPHNE III de medidas preventivas para combatir la violencia ejercida sobre los niños, adolescentes y mujeres, integrado en el programa general Derechos fundamentales y Justicia (2007-2013) contra la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres. Este programa incluye la sensibilización a través de la educación, aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención a las víctimas.

²¹ En España, la alarma social no se desató hasta el trágico suicidio de Jokin, en el año 2004, que, desesperado por el hostigamiento que sufría diariamente en su centro escolar, decidió quitarse la vida. Desde ese momento, la sociedad española comenzó a preocuparse por lo que sucedía en los colegios, por el papel de los padres, el profesorado, las direcciones de los centros escolares, etc. Muchas personas se pelearon de que los casos de acoso escolar no podían reducirse a bromas, peleas entre iguales o conflictos puntuales, sino que se trataba de un problema grave de abuso hacia el más débil, que podía compararse en importancia a la violencia de género. A pesar de que la sociedad estaba más comprometida y de que algunas sentencias impusieron castigos ejemplarizantes (en el caso de Jokin, los menores implicados fueron condenados a dos años de internamiento en un centro de menores y sus padres fueron sancionados con

mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales". No existe, por tanto, un tipo específico de delito de acoso. De tal forma que será necesario acudir al Código Penal para su tipificación. Al respecto, señala la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado que *"si se sigue la definición amplia de acoso escolar que suele emplear psiquiatras, psicólogos y pedagogos (exposición de un alumno, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro u otros alumnos) no existe una traducción jurídico penal unitaria de estos comportamientos. Las tonalidades más o menos intensas que estas conductas violentas, intimidatorias o denigratorias pueden alcanzar, pueden plasmarse en una amplia gama cromática no susceptibles de reduccionismos o simplificaciones. Debe, por tanto, partirse de que el concepto de acoso escolar es metajurídico, pudiendo tener diversas significaciones jurídicas penales, desde la mera falta a la comisión de un delito grave. Habrá de estarse en cada supuesto a los hechos como paso previo a la operación de subsunción penal"*.

En consecuencia, el Código Penal no tipifica el delito de acoso escolar, por lo que los hechos han de reconducirse a la posible existencia de otros delitos. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se eleva la mayoría de edad penal a los dieciocho años²². Así, los menores de esa edad podrían ser responsables con arreglo a la Ley que regula la responsabilidad penal del menor. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de los hechos tipificados como delitos o faltas (actualmente sólo como delitos²³) en el Código Penal o en Leyes penales especiales –artículo 1.1 de la citada Ley Orgánica–. Cuando el autor de los hechos mencionados en los preceptos anteriores sea menor de catorce años no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección del menor previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes²⁴.

multas de 10.000 euros), el número de denuncias por bullying en nuestro país sigue aumentando. Alguna de las razones de este incremento puede ser la escasa implicación de algunos centros escolares en el problema, toda vez que tratan de minimizarlo o ignorarlo para no perjudicar su imagen, y además en nuestro país, si los agresores son menores de 14 años, se entiende que sus actos no son constitutivos de delito y, por consiguiente, no son punibles.

²² Con la entrada en vigor de la LO 5/2000 se puso fin a la problemática existente en torno a la franja de edad de los ciudadanos comprendidos entre los 14 y los 18 años, pudiendo, a partir de ese momento, ser considerados y, por ende, juzgados, como lo que realmente son: menores de edad, con todas las obligaciones que se les exigen, pero también con el respeto a todos sus derechos inherentes como personas y que legalmente tienen reconocidos en todos los ámbitos que les afectan. Ahora bien, las edades deben entenderse siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que tenga repercusión alguna superar las mismas antes de empezar el procedimiento o durante su tramitación.

²³ Recordemos que desde el 1 de julio del 2015, las faltas han desaparecido del CP español de acuerdo con la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁴ A los menores de 14 años no se les puede aplicar esta Ley, por lo que deberán ser puestos a disposición de las instituciones administrativas de protección de menores. En estos casos, el Ministerio Fiscal debe remitir testimonio de particulares a la entidad pública de protección competente, a fin de que aplique las medidas tuitivas o de protección correspondientes (artículo 3.1 de la LO 5/2000 en relación con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Más allá de otros posibles hechos delictivos que pudieran colegirse²⁵, cabe resaltar el estudio del artículo 173.1 del Código Penal²⁶, por ser el delito que se debe aplicar generalmente en el caso que nos ocupa, en relación con la citada LO 5/2000, por tratarse de agresores menores de edad. En concreto, el tipo penal definido pertenece a los delitos contra la integridad moral cuyo bien jurídico protegido es el derecho a la inviolabilidad de la personalidad humana. La acción típica de esta conducta delictiva consiste en infligir a otra persona, en el caso de la película a Jordi, un trato degradante menoscabando gravemente su integridad o dignidad moral.

En este delito, de carácter genérico, se tipifican aquellos comportamientos que conlleven un atentado contra la integridad física, que tengan un efecto inmediato sobre su esfera corporal y que, además, supongan la sumisión de la víctima a ciertas condiciones que impliquen una humillación grave. Nos encontramos ante un tipo residual que se aplica cuando la conducta no es subsumible en otro tipo delictivo o que, aun siéndolo, dicho tipo no es suficiente para castigar el aspecto denigrante de esa conducta. Así, es posible castigar al amparo de este precepto conductas producidas a lo largo de la película, como las de obligarle a beber alcohol o a fumar, apuntarle con un arma o echarle laxante en la bebida.

En otro orden de cosas, y al hilo de lo expuesto, cabe resaltar que para iniciar el procedimiento que enjuicie la responsabilidad de los menores por sus actos, se necesita la denuncia de quien tuviera noticia de algún hecho delictivo o la detención por parte de un funcionario de la policía. En este caso, no existe ninguno de ellos, nadie es consciente de la existencia del acoso, ningún compañero lo reconoce o, si lo hacen, califican esa conducta de “*bromitas*” o “*chorradas*”. Incluso, Jordi lo niega en todo momento (“*no me pasa nada, simplemente soy así*”), miente para justificar su apatía, su estado de embriaguez (“*lo hacen todos los niños de mi edad*”). Por su parte, la directora no sólo afirma que en su colegio no se producen esas agresiones porque existen protocolos contra este tipo de conductas, sino que, ante el reproche de la madre, aquélla le responsabiliza de todo, “*que no se entera de lo que sucede en su casa*” y la califica de “*pobre histérica*”.

²⁵ A este respecto, FRANCO GARCÍA señala que en el epicentro del concepto de acoso escolar, se encuentra la afectación a distintos derechos fundamentales del acosado, protegidos constitucionalmente, como el derecho a la intimidad personal, al honor o a la propia imagen (artículo 18.1), la dignidad de la persona (artículo 10.1) y el derecho a su integridad física y moral (artículo 15), reconociéndose explícitamente los dos últimos citados. Por lo que se refiere a la esfera educativa, en el artículo 6.3.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, que regula el Derecho a la Educación, se determina que todos los alumnos tienen el derecho básico a que “*a que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales*”. Así, la existencia de una pluralidad de agresiones, es decir, su reiteración y continuidad en el tiempo, se alza también como una característica necesaria para distinguir el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes (FRANCO GARCÍA, M. A. (2016), “Los nuevos criterios atributivos de responsabilidad patrimonial en el acoso escolar entre alumnos”..., *op. cit.*).

²⁶ Este precepto prevé: “*1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda*”. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 819/2002, de 8 mayo, señala que el delito del artículo 173 representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; requiriendo para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial –“*infligir a una persona un trato degradante*”–, y un resultado –“*menoscabando gravemente su integridad moral*”–.

En estos casos, si se hubiesen denunciado los hechos, sería el juez de menores el encargado de pronunciarse sobre la responsabilidad penal derivada de los hechos cometidos por estos menores, de la responsabilidad civil de los mismos, así como de velar por el cumplimiento y la ejecución de sus sentencias. En relación con esto, el Ministerio Fiscal debe velar por el respeto de los derechos que legalmente se reconocen a los menores de edad.

3.3. Estudio de las medidas previstas en la LO 5/2000.

El rasgo característico y primordial del Derecho penal de menores es la intervención educativa. Por ello, las medidas tienen una finalidad esencialmente de prevención especial, de carácter positivo integrador y educativo, no represivo, orientadas a la reinserción del menor.

En este sentido, al tratarse de menores, no se le impondrán penas –de multa, de localización permanente o de prisión–, sino que deberán cumplir unas medidas correctoras dirigidas a su rehabilitación, con la finalidad de que salden sus responsabilidades y abandonen los malos hábitos que los han llevado a cometer infracciones. Estas medidas pueden ser de diversos tipos y comprenden desde la amonestación hasta el internamiento en régimen cerrado. En este sentido, y en el marco de la película referida, se observa que a pesar de la ayuda de Bruno –el vecino– y Annia, por acabar con la situación de acoso que sufre el protagonista, no se adopta ningún tipo de medida ante los hechos perpetrados, sobre todo por Nacho, lo que sin duda provocará el trágico final para Jordi. Un final que tristemente representa la causa número uno de muertes no naturales en nuestro país.

La Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo prevalecer nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más adecuada, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida. En concreto, la Ley establece actualmente un catálogo de medidas que pueden clasificarse someramente en medidas privativas de libertad, medidas no privativas de libertad y medidas terapéuticas.

En primer lugar, las medidas privativas de libertad se refieren al internamiento en régimen cerrado, en régimen semiabierto y régimen abierto. Los menores sometidos al internamiento en régimen abierto residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Al igual que en el caso anterior, en el internamiento en régimen semiabierto los menores también residirán en el centro. Ello, no obstante, estos podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio determinadas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará supeditada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el juez de menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se desarrollen dentro del centro. Por último, los menores internados en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

Estas medidas persiguen la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, a través de una gestión de control en un ambiente restrictivo y autónomo. En definitiva, en

estos casos, los menores residen en un centro y sus salidas al exterior pasan de ser nulas a ser habituales en función del régimen de internamiento.

En segundo lugar, las medidas terapéuticas son el internamiento y el tratamiento terapéuticos que están dirigidas a menores que sufren deficiencias, anomalías, adicción a determinadas sustancias y que precisan tratamiento. La primera de ellas implica una medida más restrictiva, toda vez que supone el internamiento –en régimen cerrado, semiabierto o abierto–, mientras que la segunda consiste en acudir al centro con cierta periodicidad.

Respecto a la primera de ellas, cabe exponer que en los centros donde se realice el internamiento, se llevará a cabo una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a menores que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida de las previstas. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el juez deberá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

Por otra parte, con relación al tratamiento ambulatorio, es preciso señalar que los menores sometidos a esta medida deberán de asistir al centro designado con la periodicidad determinada por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas establecidas para el correcto tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

En ambos casos se trata de una medida que podrá aplicarse sola o como complemento de otra de las medidas previstas. Y en caso de que el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

Por último, en cuanto a las medidas no privativas de libertad son las más numerosas y podemos clasificarlas del siguiente modo.

La permanencia de fin de semana²⁷ en el propio domicilio o en un centro durante un máximo de 36 horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo, con la excepción, en su caso, del tiempo necesario para desarrollar las tareas socio-educativas asignadas por el juez, que deban realizarse fuera del lugar de permanencia. Esta medida resulta adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana.

La libertad vigilada conlleva la vigilancia y supervisión del menor por el profesional nombrado, efectuando un seguimiento de su actividad y su asistencia a la escuela²⁸, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, en función de los casos, tratando de ayudar a aquél a superar los factores que determinaron la infracción cometida. De igual modo, esta medida constriñe, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que determine la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de conformidad con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el juez de menores. El menor sometido a la medida también queda obligado a mantener con el citado profesional las entrevistas previstas en el programa y a acatar las reglas de conducta

²⁷ También puede ser calificada como medida privativa de libertad.

²⁸ En este caso, debe entrevistarse con el supervisor y acatar las reglas de conducta que hayan sido impuestas por el juez, como no acudir a determinados lugares, comparecer en el juzgado, etc. Puede ser autónoma, principal, accesoria o el segundo periodo de cumplimiento de una medida de internamiento.

impuestas por el juez. A este respecto, cabe mencionar las siguientes: obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello; obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; obligación de residir en un lugar determinado; obligación de comparecer personalmente ante el juzgado de menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; cualesquiera otras obligaciones que el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

La asistencia a un centro de día consiste en que los menores sujetos a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio, a fin de mejorar su competencia social. En consecuencia, pretende proporcionar al menor un ambiente apropiado durante buena parte del día.

La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo implica la convivencia del menor, durante el período de tiempo determinado por el juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados a fin de proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo.

Las prestaciones en beneficio de la comunidad. Esta medida requiere el consentimiento del menor y conlleva la realización de una actividad no retribuida, que se tratará de relacionar con el bien jurídico afectado, en beneficio de la colectividad en su conjunto.

La realización de tareas socio-educativas entraña el desarrollo, sin internamiento ni libertad vigilada, de actividades concretas de contenido educativo dirigidas a facilitarle su reinserción social²⁹.

La amonestación es un acto único realizado por el juez en el que se pretende hacerle entender al menor la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándoles a que no vuelva a perpetrarlos en el futuro.

La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que establezca el juez. Por un lado, esta medida disuadirá al menor de acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. Por otro lado, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, también imposibilitará que el menor establezca con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. En caso de que esta medida conllevase la imposibilidad del menor de seguir viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, la cual habrá de promover las medidas de

²⁹ Nos referimos, por ejemplo, a asistir a un curso de preparación de empleo, participar en actividades de animación sociocultural o en talleres de aprendizaje.

protección apropiadas a las circunstancias de aquél, de acuerdo con lo previsto en la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para la caza o para el uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que efectúa el menor y que ésta necesite autorización administrativa.

La inhabilitación absoluta implica la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, así como la incapacidad para obtenerlos durante la duración de la medida y suele imponerse como accesoria en los casos de delito de terrorismo.

Habida cuenta de la amplia relación de medidas, cabe destacar que a la hora de escoger la adecuada debe partirse de un amplio criterio de flexibilidad debiendo de basarse la imposición de la medida en la valoración jurídica de los hechos y, muy especialmente, en la edad, las circunstancias familiares y sociales, en la personalidad y en el interés del menor. En definitiva, y a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción de adultos, el juez de menores no está obligado a imponer una medida en atención al hecho cometido, sino que tendrá que realizar una valoración de las circunstancias enumeradas³⁰.

Ahora bien, una vez acordadas estas medidas, es posible que el juez de menores las modifique, aun cuando ya se estén ejecutando. Así, resulta viable sustituir la medida por otra que entienda más apropiada para el menor de entre las que podría haber impuesto inicialmente a la infracción cometida. De igual modo, se puede reducir la duración de la medida durante el tiempo que el juez considere oportuno, teniendo en cuenta el informe del equipo técnico y dando audiencia previa al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Por último, cabe dejar sin efecto la medida impuesta dando por terminada la ejecución de ésta por estimarse que el tiempo cumplido resulta suficiente o cuando el menor declara su voluntad de conciliarse con la víctima durante la ejecución de la medida y ésta se lleve a cabo en los términos del artículo 19 de la LECrim³¹.

Con todo y con ello, en los últimos años el número de medidas que se ejecutan ha aumentado, lo cual debe entenderse como positivo, toda vez que significa que las nuevas medidas incorporadas se adecuan no solo a la comisión de delitos, que igual habrían sido

³⁰ No obstante, hay supuestos en que el juez de menores se ve constreñido a imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Véase artículo 9.5º de la LO 5/2000: “Excepcionalmente, cuando los supuestos previstos en la regla anterior revistieran extrema gravedad, apreciada expresamente en la sentencia, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 14 y 51.1 de esta Ley una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento”.

³¹ Este precepto regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

En efecto, el menor puede reconocer los hechos y conformarse con la pena pedida. Puede, incluso reconociendo los hechos, discutir en juicio que la pena interesada sea la más apropiada, de acuerdo a sus circunstancias personales. De hecho, en el procedimiento de menores son numerosos los asuntos que se cierran sin necesidad de celebrar juicios, bien porque el Ministerio Fiscal desiste de la continuación del procedimiento, bien porque es alcanzada una conciliación con la víctima o bien porque se reconozcan los hechos y se produzca la conformidad.

Para un análisis más exhaustivo véase: VARELA GÓMEZ, B. J. (2018), “Mediación penal y procedimiento de menores”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.): *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, pp. 549 a 561.

desjudicializados o corregidos con medidas de naturaleza diferente, sino también a las circunstancias personales del menor y a las del hecho cometido.

Por último, en cuanto a la posibilidad de introducir nuevas medidas *ad futurum*, cabe resaltar que se aprecia la ausencia de algunas medidas, como la multa³², la cual sólo tendría sentido cuando el menor dispusiese de medios propios, o la posibilidad de una medida de permanencia de semana para menores que, por ejemplo, hayan abandonado los estudios y dispongan de una ocupación laboral durante los fines de semana, con el propósito de compatibilizar la medida con su vida laboral.

3.4. Soluciones extrajudiciales frente al acoso escolar: creación de programas de mediación en los centros escolares.

3.4.1. Cuestiones generales.

Los centros educativos se convierten durante gran parte de la juventud en nuestra segunda casa, por lo que las aulas son, sin duda, uno de los lugares con mayor interacción que nos podemos encontrar, y es que cuenta con la combinación idónea para ello: personas de diferentes edades, de todas las culturas y con visiones totalmente individualizadas de la realidad, conviviendo diariamente.

A consecuencia de esta interacción, no es infrecuente que surjan problemas de distinta clase³³. A fin de reducirlos, en la medida de lo posible, y promover la convivencia pacífica en los centros educativos, se resalta la importancia de nuevos métodos de resolución de conflictos, concretamente, el mecanismo de la mediación³⁴.

En el ámbito escolar este método “alternativo”³⁵ de solución de conflictos, es sumamente relevante, no sólo para restablecer la situación alterada, sino también, y de manera especial, para que las partes implicadas aprendan a enfrentarse a los problemas de forma constructiva, a asumir responsabilidades, a autocontrolarse o a tener como

³² CEZON GONZALEZ, C. (2001), *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Barcelona: Bosch, S.A., p. 54.

³³ De relación (por ejemplo, cualquier acto de violencia), de información (como pueden derivarse de los rumores), derivados de intereses o necesidades incompatibles, por preferencias, valores o creencias diferentes, o conflictos estructurales (tales como los debidos a la autoridad que pueda tener sobre los alumnos un profesor). FUNES LAPPONI, S. y SAINT-MEZARD, D. (2001), “Conflicto y resolución de conflictos escolares: La experiencia de mediación escolar en España”, *XXIII Escuela del Consejo Educativo de Castilla y León*, p. 5.

³⁴ A juicio de BOQUÉ TORREMORELL, el objetivo esencial de la creación de una red de mediación en el centro no consiste, como bien pudiera pensarse, en la eliminación de los conflictos que las personas de la comunidad educativa supuestamente generan. En puridad, lo que persigue la mediación no es otra cosa que crear vínculos de unión entre las familias, los alumnos, los docentes y demás miembros del entorno escolar. Y ello porque cuando se crea una red de estas características, la comunidad educativa puede hacer aflorar los conflictos sin temor alguno a que ello suponga un deterioro o un perjuicio para el centro (BOQUÉ TORREMORELL, M. C. (2004), “Mediación escolar: unidos ante el conflicto”, *Perspectiva CEP. Consejería de Educación de la Junta de Andalucía*, 8, pp. 55-69).

³⁵ En este contexto, la alternatividad no hace referencia a la evitación de la vía judicial, dado que los conflictos escolares no suelen tener una gravedad tal que exija su judicialización, sino que es un método que trata de sustituir los castigos o medidas disciplinarias tradicionales que se imponen a los sujetos infractores en las aulas. Medidas éstas que adoptan habitualmente un matiz ejemplarizante, y que son sin duda la consecuencia evidente de la concepción negativa que se tiene del conflicto.

herramienta el diálogo y la empatía. En definitiva, a poder adquirir “herramientas y habilidades aplicables en la vida futura”³⁶.

3.4.2. El proceso de normativización de la mediación escolar.

La introducción de la mediación en la escuela tiene lugar por primera vez en Estados Unidos, en la década de los sesenta, gracias a la labor de distintos grupos religiosos y movimientos para la Educación para la Paz. No sería hasta años después cuando empezarían en España los primeros proyectos³⁷, destacando el Centro de Resolución de Conflictos Gernika Gogoratuz, creado en los años noventa y que desarrolla programas de investigación y educación en colaboración con otras organizaciones³⁸. Desde entonces, y teniendo en cuenta que el contexto internacional era favorable para ello³⁹, proliferaron en distintas normativas las referencias a la mediación escolar, pero, si bien es cierto, no siempre de manera expresa.

Así las cosas, a nivel nacional, tras la modificación realizada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, se introduce dentro de los fines de la actividad educativa “*La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos y para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social*” –artículo 2–. Destaca también la posterior aprobación de la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de paz. Entre otras medidas encaminadas a la pacificación de las relaciones en el ámbito educativo, esta norma recoge en su artículo 2.7 que corresponde al Gobierno “*promover la formación especializada de hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación*”⁴⁰.

³⁶ PÉREZ CRESPO, M. J. (2002), “La Mediación escolar, proceso de suma de los modelos de intervención mediadora en la escuela: los programas de mediación escolar y la mediación social intercultural a su paso por instituciones educativas”, *Revista Educación y Futuro*, p. 7.

³⁷ A la cabeza del desarrollo de los programas de mediación en este ámbito estuvieron las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña y Madrid.

³⁸ DE PRADA DE PRADO, J. y LÓPEZ GIL, J. A. (2008), “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, pp. 99-116.

En efecto, se generaron un buen número de programas entre los cuales cabe destacar: *Children’s Creative Response to Conflict Program*: los que primero introducen la mediación en las escuelas en Estados Unidos; *Conflict Resolution Resources for School and Youth*: este programa no solo ha sido el punto de partida de gran parte de la aplicación de programas de resolución de conflictos en el ámbito escolar, sino que también ha servido de modelo para aplicar iniciativas de mediación en la educación superior; *Teaching Students to Be Peacemakers Program*: uno de los objetivos fundamentales de este programa es crear una relación positiva entre los estudiantes; *Educators for Social Responsibility*: entre otras finalidades, imparte formación al profesorado en técnicas de resolución de conflictos; *Resolving Conflict Creatively Program*: constituye un buen ejemplo de un programa basado en el desarrollo de un currículo de resolución de conflictos; *Conflict Resolution Education Network*: se crea la NAME (*National Association for Mediation in Education*) y posteriormente se fusiona con NIDR (*National Institute for Dispute Resolution*) y se convirtió en el que se denomina CREnet (*Conflict Resolution Education Network*), que redefine los objetivos de la anterior organización, más allá de la mediación en la escuela, definiendo de modo más amplio la resolución de conflictos escolar (VIANA-ORTA, M. I. (2011), *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas*. Valencia: Universidad de Valencia, pp. 93-95).

³⁹ En la Resolución 53/25, de noviembre de 1998 de las Naciones Unidas se declara la década de 2001 a 2010, como la Década Internacional para la Cultura de la Paz.

⁴⁰ VIANA-ORTA, M. I. (2014), “La mediación escolar en los planes y programas institucionales de convivencia en España”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 25, núm. 2, pp. 271-291.

Más tarde, aparece la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, todavía vigente, siguiendo esta línea, ya en su artículo 1 nos señala que uno de los principios que informará el sistema educativo español será *“la educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar”*⁴¹. De otra parte, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, entre otras modificaciones, introduce una Disposición adicional cuadragésima primera a la Ley Orgánica 2/2006, con el siguiente tenor literal *“En el currículo de las diferentes etapas de la Educación Básica se tendrá en consideración el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y de los valores que sustentan la democracia y los derechos humanos, que debe incluir en todo caso la prevención de la violencia de género y el estudio del Holocausto judío como hecho histórico”*. Como vemos, en estos últimos cuerpos legales que mencionamos, no se hace una alusión expresa a la mediación, pero estando incluida dentro de los métodos pacíficos de resolución de conflictos, no cabe sino entender, que está contemplada implícitamente.

Además, cabe mencionar, por un lado, los acuerdos de mejora de la convivencia escolar aprobados por el Ministerio de Educación⁴², y por el otro, las *“Propuestas para un Pacto Social y Político por la Educación”*. En estas últimas, se recoge dentro de los objetivos de la educación para los cursos comprendidos entre 2010 y 2020, esta vez sí expresamente, la implantación de la mediación escolar en los centros educativos españoles⁴³.

Por su parte, desde la perspectiva autonómica, las Comunidades Autónomas fueron materializando sus competencias en educación, elaborando sus propias leyes y estableciendo sus programas de convivencia⁴⁴. Estos programas, que pueden estar orientados a cuatro fines distintos⁴⁵, únicamente aluden de manera expresa a la mediación

⁴¹ En un sentido muy similar, se pronuncia el artículo 2, que incluye dentro de los fines a conseguir, *“la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos”*.

Véanse también, en consonancia con ello, artículos como el 1.1 k); 2.1 c); 13 e); 17 c); 40.1 d); etc. de la Ley Orgánica 2/2006. De igual modo, la Disposición adicional vigésimoprimera de esta Ley Orgánica contempla la posibilidad de que las Administraciones educativas aseguren *“la escolarización inmediata de las alumnas o alumnos que se vean afectados por cambios de centro derivados de actos de violencia de género o acoso escolar. Igualmente, facilitarán que los centros educativos presten especial atención a dichos alumnos”*.

⁴² Así, cabe mencionar el *“Plan para la Promoción y Mejora de la Convivencia Escolar”* y el *“Plan Director para la Convivencia y la Seguridad Escolar”*.

⁴³ Dentro de la convivencia escolar y educación en valores, su propuesta número 58 alude a *“Promover que las administraciones educativas, a partir de los datos obtenidos desde el Observatorio Estatal de la Convivencia, junto con los de diversas Comunidades Autónomas, elaboren propuestas, materiales de apoyo y actividades de formación que faciliten la elaboración en todos los centros de Planes de Convivencia que tengan en cuenta la diversidad cultural e ideológica, la igualdad entre hombres y mujeres, la mediación y la resolución pacífica de conflictos”*.

⁴⁴ Vid. <http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/mc/convivencia-escolar/mapa-ccaa/normativa.html>.

⁴⁵ Pueden encaminarse a cambios en la organización escolar, en los que se tengan en cuenta a todos los miembros del centro; formación del profesorado; actividades para desarrollar en el aula (por ejemplo, trabajos en grupo, actividades de educación de sentimientos, en valores, etc.); o bien a la actuación específica frente a la violencia escolar existente. En esta cuarta categoría se encaja la mediación. DEL REY, R. y ORTEGA RUIZ, R. (2001), *“Programas para la prevención de la violencia escolar en España, la respuesta de las Comunidades Autónomas”*, *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 41, pp. 133-145.

en el caso de Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia y Murcia⁴⁶.

4. El cine como recurso educativo para la explicación del sistema de responsabilidad penal del menor.

En el contexto actual, si un estudiante del Grado en Derecho sólo recibe una formación estrictamente descriptiva de lo que es un ordenamiento jurídico, si únicamente aprende a interpretar las normas jurídicas en abstracto, despegadas del marco en el que se aplican, es decir, si los estudiantes no han tenido o no han comprendido todas estas variadas repercusiones en las personas, cabe estimar que tendrán un injustificable déficit como juristas.

En este sentido, el estudio del Derecho a través del cine adquiere un valor notable, pues pocos instrumentos son tan propicios para un análisis interdisciplinar como el cine, dado que normalmente en la narración fílmica se muestran los asuntos jurídicos de una forma similar a cómo estos se dan en la realidad, y en este sentido, aparecen con todas sus diversas y múltiples aristas y vinculaciones. Así, el Derecho en el cine puede explicarse brevemente, desde un punto de vista próximo a lo epistemológico, a partir de tres rasgos dependientes entre sí: primero, se trata de una forma de relato jurídico, o en otras palabras, se cuentan historias en las que predomina algún tema relacionado con el derecho –este caso, el régimen de la responsabilidad penal del menor–; segundo, se utilizan técnicas narrativas que, de una manera u otra, contienen argumentaciones jurídicas; y tercero, se pretende, en cierto sentido, o bien tratar directamente aspectos de la realidad relacionados con el Derecho en un sentido amplio, o llegar a suplantar la realidad a través de la ficción⁴⁷.

La proyección de la película «Bullying» es viable en el marco de las sesiones interactivas de diversas materias incluidas en el Derecho procesal, tales como “Derecho proceso penal” del Grado en Derecho o “Delincuencia y Justicia juvenil” y “Proceso penal” del Grado en Criminología.

Esta práctica se puede desarrollar a lo largo de dos sesiones. En la primera, se procederá al visionado de la película en el aula. Y en la segunda sesión, cada alumno y alumna realizará por escrito un análisis del filme, incidiendo en las cuestiones procesales que hayan suscitado su interés y que hayan observado a lo largo del mismo, acerca de todo lo relativo a la responsabilidad penal que se deriva de los hechos cometidos por

⁴⁶ A modo de ejemplo, en Galicia, se aprueba la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa y, *a posteriori*, se promulga el Decreto 8/2015, de 8 de enero, por el que se desarrolla aquella. Ambas normas recogen entre sus fines la resolución pacífica de los conflictos. Por un lado, el artículo 3 f) de la Ley señala: “Promover la resolución pacífica de los conflictos y fomentar valores, actitudes y prácticas que permitan mejorar el grado de aceptación y cumplimiento de las normas, avanzar en el respeto entre todos los miembros de la comunidad educativa y la mejora de la convivencia escolar”). Por otro lado, también el artículo 3 f) del Decreto dispone: “La promoción de la resolución pacífica de los conflictos y el fomento de valores, actitudes y prácticas que permitan mejorar el grado de aceptación y cumplimiento de las normas”.

El artículo que más interés despierta de la Ley 4/2011 es el 20. Este precepto empieza haciendo una remisión al reglamento para determinar un procedimiento conciliado para la resolución de los conflictos de convivencia. Como se observa, no hace alusión directa a la mediación, de modo que dejaba la puerta abierta a otros procesos similares, siempre que encajaran en la categoría de “conciliados”. Pero si tenemos presente, que posteriormente el Decreto de desarrollo reguló en su artículo 26 la mediación, entendemos que el legislador se decantó por este método de entre los posibles.

⁴⁷ RUIZ SANZ, M. (2010), “La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 2, abril - septiembre.

Nacho y los compañeros. Posteriormente, y de forma grupal, se abrirá un debate, en el que se pondrá en común la opinión que a cada uno le merece la película, pudiendo expresar valoraciones personales. Así, en la calificación que el docente haga de cada alumno se tendrá en cuenta, tanto el trabajo escrito, como su participación en el debate.

De esta manera, se permitirá identificar con claridad conceptos que habían sido explicados en clase y analizar cómo se ajustará a las disposiciones normativas y, en su caso, a la doctrina y jurisprudencia españolas. Y es que a través del visionado de esta película se pretende fomentar la capacidad de interpretar y analizar las normas aplicables a los supuestos de hecho que, sin ningún tipo de estructura jurídica, se van planteando en el argumento de la película. Y ello porque cada vez que tiene lugar un crimen perpetrado por menores se reabre y recrudece el debate en torno al sistema de justicia juvenil implantado en España por la Ley Orgánica 5/2000.

5. Conclusiones.

El acoso es una verdadera lacra que debería ser eliminada de forma radical, porque ninguna persona debe ser sometida a hostigamiento, y la sociedad debe generar recursos efectivos y de aplicación inmediata para impedir estas conductas ajenas a la legalidad. Si este problema resulta alarmante, todavía se agrava más cuando hablamos del acoso a menores, debido a que estos no suelen disponer de estrategias para hacer frente al acoso: en unos casos desconocen que pueden resolver su problema y en otras ocasiones no saben cómo hacerlo. La nota común en ambos casos es que puede causárseles daños de difícil reparación. Por eso, es imprescindible disponer de respuestas por parte del ordenamiento jurídico, pero también es fundamental actuar en un nivel preventivo, esto es, educando, informando, proporcionando estrategias dirigidas a resolver los conflictos, trabajando en potenciar la reflexión, la tolerancia, el respeto o la empatía.

En definitiva, resulta esencial tender puentes entre los tres ámbitos de socialización: familia, escuela y entorno social, pues únicamente desde la interconexión y coordinación entre todos los agentes socializadores que van apareciendo durante la vida de los menores se garantiza un proceso educativo adecuado y, por consiguiente, una prevención apropiada del problema analizado⁴⁸.

Ahora bien, un aspecto acerca del que existe un consenso unánime es la forma de abordar el fenómeno desde una posición de análisis e investigación del problema de la violencia escolar y sus características. Y en este camino, la utilización del cine como recurso educativo para el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, nos permite profundizar y constatar las posibles debilidades y fortalezas que presenta el sistema de justicia penal de menores. Y es que desde una óptica pro-innovación, la utilización del cine como recurso educativo para el aprendizaje del Derecho resulta más que común, toda vez que en los últimos años se advierte en la población más joven de nuestro país una creciente querencia hacia determinados productos audiovisuales.

⁴⁸ En este sentido, cabe referirse al Centro Nacional de Innovación e Investigación Educativa (CNIIE) que, como unidad perteneciente al Ministerio de Educación Cultura y Deporte, es consciente de la problemática social relacionada con la convivencia escolar, por lo que promueve el desarrollo de actuaciones específicas para la prevención de la violencia en el ámbito de la escolarización ordinaria. A este respecto, el CNIIE ha elaborado la campaña “*Se buscan héroes y heroínas sin antifaz*”, dirigido a sensibilizar a la comunidad educativa acerca de la importancia de la prevención, detección e impacto de los incidentes de acoso, ciberacoso y violencia, así como del apoyo a las víctimas de violencia escolar incluyendo en el repositorio de documentos y recursos para la mejora de la convivencia escolar materiales relacionados con el apoyo a las víctimas de violencia escolar y difundiéndolos en los centros.

En efecto, el visionado de la película «Bullying» puede ser el punto de partida perfecto para abordar diversas cuestiones de interés jurídico. De este modo, nos permitirá acercarnos al problema del acoso escolar y la responsabilidad penal del menor, así como también reflexionar sobre el papel que la sociedad juega en esta problemática, teniendo en cuenta que algunas de las trabas, dificultades y exclusiones a las que se han visto sometidos numerosos menores, por desgracia, todavía perviven hoy en día.

En definitiva, con este recurso educativo se pretende profundizar en la capacidad analítica del alumnado en la convicción de que la visibilización práctica de determinadas cuestiones favorezcan su motivación y comprensión de los contenidos de la materia. De esta forma se reta al alumnado con algo que les atrae, que les emociona, que les engancha y, sobre todo, que no encuentra respaldo en la red.

Bibliografía.

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M. (2015), “El cine como recurso docente aplicable a la enseñanza del derecho administrativo”, *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 11, enero, pp. 97-108.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2010), “La comunidad educativa ante el acoso escolar o bullying. La responsabilidad civil de los centros docentes”, *Diario La Ley*, núm. 7359, año XXXI, 10 de marzo, Ref. D-79, Editorial La Ley.
- BOQUÉ TORREMORELL, M. C. (2004), “Mediación escolar: unidos ante el conflicto”, *Perspectiva CEP*, núm. 8, pp. 55-69.
- CASAL OTERO, L. (2019), “La innovación educativa en la educación superior”, en OTERO CRESPO, M., ALONSO SALGADO, C. (Dirs.), VALIÑO CES, A. Y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coords.), *Investigación y Docencia en Derecho: nuevas perspectivas*. A Coruña: Colex.
- CASTILLEJO MANZANARES, C. (2017), “La mediación en el ámbito educativo”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. y VALIÑO CES, A. (Coords.): *La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CEZON GONZALEZ, C. (2001), *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Barcelona: Bosch, S.A.
- DE PRADA DE PRADO, J. y LÓPEZ GIL, J. A. (2008), “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, pp. 99-116.
- DEL REY, R. y ORTEGA RUIZ, R. (2001), “Programas para la prevención de la violencia escolar en España, la respuesta de las Comunidades Autónomas”, *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 41, pp. 133-145.

- FERRO VEIGA, J. M. (2012), *Bulling o acoso escolar. La respuesta jurídico-legal*. Jaén: Formación Alcalá.
- FRANCO GARCÍA, M. A. (2016), “Los nuevos criterios atributivos de responsabilidad patrimonial en el acoso escolar entre alumnos”, *Actualidad administrativa*, núm. 4.
- FUNES LAPPONI, S. y SAINT-MEZARD, D. (2001), “Conflicto y resolución de conflictos escolares: La experiencia de mediación escolar en España”, *XXIII Escuela del Consejo Educativo de Castilla y León*.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y SANTIUSTE BERMEJO, V. (2004), “Los conflictos entre alumnos: características e intervención para una sociedad democrática”, *Revista de Psicología General y Aplicada*, núm. 57 (3).
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. (2015), “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de los menores”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 17-19, pp. 1-36.
- MAGRO SERVET, V. (2014), “Otras formas de violencia sobre los menores. El acoso escolar”, *La Ley Derecho de familia*, 12 de noviembre, Editorial La Ley.
- MONTERO HERNANZ, T. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2016), *Derechos de las personas a las que se aplique la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ CRESPO, M. J. (2002), “La Mediación escolar, proceso de suma de los modelos de intervención mediadora en la escuela: los programas de mediación escolar y la mediación social intercultural a su paso por instituciones educativas”, *Revista Educación y Futuro*.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. (2007), “Tratamiento jurídico-penal do bullying”, en XUNTA DE GALICIA, *Menores e xuventude: novos retos*. Cambados (Pontevedra): Consellería de Presidencia, Academia Gallega de Seguridad Pública.
- PÉREZ MARTELL, R. (2012), “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”, *Diario La Ley*, núm. 7978, Sección Doctrina, 4 de diciembre, Ref. D-431, Editorial La Ley.
- POLVOROSA ROMERO, S. (2017), “El acoso escolar llevado a internet: los smartphome y smartwatch”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 14.
- PRESNO LINERA, M. A. y RIVAYA, B. (2006), *Una introducción cinematográfica al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, C. (2007), *La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad*. Madrid: Ediciones del Laberinto, S.L.

- RUIZ SANZ, M. (2010), “La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 2, abril - septiembre.
- VALIÑO CES, A. (2018), “Material didáctico sobre la película ‘Bullying’”, *Revista electrónica Proyecto DeCine*, 12 de noviembre. Disponible en: <https://proyectodecine.wordpress.com/2018/11/12/materia-didactico-abierto-bullying/>.
- VARELA GÓMEZ, B. J. (2018), “Mediación penal y procedimiento de menores”, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.): *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.
- VIANA-ORTA, M. I. (2011), *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas*. Valencia: Universidad de Valencia.
- VIANA-ORTA, M. I. (2014), “La mediación escolar en los planes y programas institucionales de convivencia en España”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 25, núm. 2, pp. 271-291.
- ZABAY, M. y CASADO, A. (2018), *Todos contra el bullying. Claves para detectar, evitar y solucionar el acoso escolar*. Barcelona: Alienta Editorial.

LA CAPACITACIÓN DEL TÉCNICO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN RELACIÓN A LA EDUCACIÓN Y FORMACIÓN COMO INDICADOR DE LA CULTURA PREVENTIVA

The training of the technician in occupational health and safety in relation to education and training as an indicator of the culture of prevention

Recibido: 5 de septiembre de 2019
Aceptado: 26 de noviembre de 2019

Tomás García Aranda
Doctorando en Ciencias jurídicas y sociales
0610265257@uma.es
Universidad de Málaga

RESUMEN

La capacitación de los profesionales de la prevención de riesgos laborales ha de estar en consonancia con la alta responsabilidad que se deriva de sus funciones y de la naturaleza del bien jurídico que gestionan como es la seguridad y la salud de los trabajadores. Dicha capacitación exige una adecuada formación acorde a la complejidad de sus funciones que les permita enfrentarse a éstas en las mejores condiciones y con las mayores garantías. La puesta en valor de dicha formación y, por extensión, su inclusión en todos los niveles del sistema educativo facilitará la consolidación de la cultura de la prevención no sólo en el entorno laboral, sino también en el imaginario colectivo, en todos los ámbitos y sectores de la sociedad, en todos los sujetos activos y pasivos, que puedan intervenir o padecer en algún momento en la gestación, implantación y asimilación de dicha cultura.

PALABRAS CLAVES

Educación; educación, formación de acceso, capacitación, técnico superior en prevención de riesgos laborales, cultura preventiva.

ABSTRACT

The training of occupational risk prevention professionals must be in line with the high responsibility that derives from their functions and the nature of the legal good they manage, such as the safety and health of workers. This training requires adequate training according to the complexity of their functions that allows them to face them in the best conditions and with the greatest guarantees. The enhancement of such training and, by extension, its inclusion at all levels of the education system will facilitate the consolidation of the culture of prevention not only in the work environment, but also in the collective imagination, in all areas and sectors of society, in all active and passive subjects, who may intervene or suffer at some time in the gestation, implementation and assimilation of this culture.

KEYWORDS

Education, access training, training, advanced technician in occupational safety and health, preventive culture.

Sumario: 1. Introducción. 2. Regulación formativa de acceso para el Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales. 2.1. Niveles formativos y especialidades preventivas necesarios. 2.2. Funciones de los técnicos en prevención de riesgos laborales. 2.3. Evolución de los requisitos formativos de acceso para los técnicos en prevención de riesgos laborales. 2.3.a). Requisitos formativos de acceso a fecha de publicación de la LPRL al amparo del Apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta del RSP. 2.3.b). Requisitos formativos de acceso durante el año 1998 al amparo del Apartado 2 de la Disposición Adicional Quinta del RSP. 2.3.c). Requisitos formativos de acceso al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RSP antes de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010. 2.3.d). Requisitos formativos de acceso después de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010, a partir del 24 de marzo de 2010. 3. Conclusiones.

1. Introducción.

El colectivo de agentes que participan en la integración de la prevención de riesgos laborales (en adelante PRL) en una organización empresarial está formado por el empresario que dirige dicha organización, los trabajadores y sus representantes, el personal designado para el desempeño de funciones preventivas y los técnicos del servicio de prevención. Quizás sean estos últimos, los técnicos prevencionistas (especialmente los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales), los que se encuentran en una posición más vulnerable y sufren en mayor medida las consecuencias de una pobre cultura preventiva en su empresa, por su alta responsabilidad. A pesar de dicha responsabilidad, estos técnicos no disponen de autoridad para tomar decisiones de mando que les permita actuar sobre el resto de trabajadores.

En efecto, la figura del técnico de prevención se encuentra en un terreno intermedio entre las obligaciones del empresario y los derechos de los trabajadores. Por un lado, como técnico del servicio de prevención que apoya al empresario en la implantación de la prevención, a veces actúa inadecuadamente por delegación de éste, arrogándose a sí mismo competencias y obligaciones que corresponden al empresario y, en consecuencia, asumiendo responsabilidades, que si bien en un principio, puede facilitarle su trabajo al brindarle una capacidad ejecutora en sus actuaciones, también le puede suponer un problema en tanto a las graves consecuencias que se puedan derivar de dichas actuaciones a través de riesgos incontrolados, contingencias profesionales y conflictos de intereses entre empresario y trabajador¹. Entendemos que este profesional, al actuar apoyando técnicamente al empresario, a veces, puede ser percibido por el trabajador y sus representantes como una figura ajena a ellos que actúa por intereses de la empresa y que no siempre tiene entre sus prioridades al trabajador como centro de la política de seguridad y salud de la empresa.

Por otro lado, el técnico de prevención, en su papel de trabajador, bien de la propia empresa dentro de su servicio de prevención propio, bien de la empresa que actúa como servicio de prevención ajeno, no se encuentra en el mismo nivel de obligaciones y responsabilidades que el resto de los trabajadores. Esto se debe a que el técnico actúa como oposición y límite al poder unilateral del empresario, priorizando en sus actuaciones criterios de seguridad y salud laborales frente a otros como la productividad, lo que le lleva a una exposición frente al empresario que no tiene el resto de trabajadores. Dicha

¹ Vid. PÉREZ MERLOS, R., MARTÍNEZ CORRAL, C. Y RUIZ CALABRAVA R. (2016). *Intereses básicos y resolución de conflictos de las principales figuras en materia preventiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 61-62.

exposición, en algunos casos, supone para el técnico de prevención un riesgo importante sobre su persona, con consecuencias tan graves como los derivados de la responsabilidad por sus actuaciones técnicas en materia preventiva (ej.: evaluación de riesgos), al no actuar siempre en sintonía con las expectativas y cultura preventiva del empresario, lo que puede suponer para éste la tentación de abusar de su condición jerárquica imponiendo sus criterios acudiendo si es preciso a coacciones, intimidación y represalias, directamente o a través de terceros, mediante medidas de acoso laboral además de las disciplinarias² en forma de sanciones o incluso de despido por causas objetivas o por una sospechosa y sobrevenida «inaptitud del técnico»³ declarada por los servicios de vigilancia de la salud o la mutua de accidentes y enfermedades profesionales.

Como trabajador, el técnico de prevención no tiene una protección de sus derechos acorde a la alta responsabilidad y exposición que tiene en el desempeño de sus funciones, más allá de las mismas garantías que disfrutaban los representantes de los trabajadores (arts. 68, a), b) y c) y 56.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015⁴, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁵ (en adelante TRLET). En este punto, el técnico de prevención cuenta con varias opciones para ejercer su defensa frente al empresario que le acosa. Una de ellas es acudir a los representantes de los trabajadores (a esos mismos a los que asesora en materia de prevención). Otra opción es instar la activación del Protocolo de Acoso Laboral en el caso de que éste exista; esta vía puede resolverse mediante un acuerdo entre las partes, la intervención del Comité de Seguridad y Salud, o una resolución de la Inspección de Trabajo, o resolución judicial.

² *Ibid.*, pp. 62-63.

³ Existe abundante jurisprudencia al respecto, de la que señalamos las siguientes sentencias:

- Sentencia 795/2006 de 1 de julio de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Murcia, Sala de lo Social, sobre readmisión y condena por mala fe por la negativa de la condición de trabajador designado por parte de la empresa.
- Sentencia 898/2009 de 4 de diciembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, sobre la readmisión de técnico de servicio de prevención propio.
- Sentencia 520/2010 de 29 de junio de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, sobre la readmisión de responsable técnico de prevención en su consideración como trabajador designado.
- Sentencia 2502/2013 de 20 de diciembre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, sobre la readmisión en despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Sentencia 353/2014 de 25 de abril de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, sobre prioridad de permanencia, readmisión o indemnización y salarios de tramitación por despido improcedente de técnico del servicio de prevención propio.
- Sentencia de 18 de julio de 2014 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, sobre prioridad de permanencia en ERE y despido del personal del servicio de prevención.
- Sentencia 392/2014 de 2 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, sobre la readmisión tras un despido por no aptitud sobrevenida no concurriendo causa y la inclusión del trabajador en el servicio de prevención a pesar de la negativa de la empresa.

⁴ Estas garantías consisten en la apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en la prioridad de permanencia respecto a los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, en el derecho a no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su mandato ni ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón de su desempeño, y en el derecho de opción del trabajador en caso de despido improcedente a optar entre la readmisión obligatoria para la empresa o la indemnización teniendo derecho en ambas opciones a los salarios de tramitación.

⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE nº 255, 24-10-2015).

También puede optar por acudir a la Inspección de Trabajo y Asuntos Sociales. Y por último, puede optar por acudir a la vía judicial.

Hay que decir que, al contrario de lo que ocurre en otras profesiones, la del técnico de prevención, es una profesión no regulada. En este sentido, los Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante TSPRL), como colectivo, sólo cuentan con un colegio profesional propio en toda España (en la Comunidad Valenciana⁶), y que recientemente ha visto como se aprobaba un segundo Convenio Colectivo⁷ que sólo los incluye parcialmente⁸ y que apenas entra en detalle en sus condiciones específicas propias de trabajo más allá de encuadrarlos en un grupo profesional y en un nivel retributivo⁹.

2. Regulación formativa de acceso para el Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales.

Desde que entró en vigor la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰, (en adelante LPRL), y su desarrollo parcial mediante el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención¹¹ (en adelante RSP), ha existido una muy variada oferta formativa de acceso a esta cualificación técnica, con diferentes calidades tanto en sus contenidos formativos como en la regulación de éstos¹², que ha permitido acceder a esta profesión desde perfiles formativos muy diferentes entre sí, a veces sin ninguna afinidad con la materia preventiva o no respaldado por una formación complementaria que lo enlace, lo que puede suponer, más allá de una hipotética fortaleza por su transversalidad de contenidos, su devaluación por una programación de éstos inconexa, deficiente o con prioridades en su diseño ajenas a la propia PRL.

⁶ Ley 1/2009, de 26 de marzo, de la Generalitat, de creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención de Riesgos Laborales de la Comunitat Valenciana. (DOCV nº 5983, 27 de marzo de 2009 y BOE nº 91, de 14 de abril de 2009).

⁷ Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo nacional de servicios de prevención ajenos. (BOE nº 242, de 7 de octubre de 2017). Este Convenio sucede a la Resolución de 20 de agosto de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (BOE nº 220, de 11 de septiembre de 2008).

⁸ Según el art. 1 del Convenio, éste «es de aplicación en todo el territorio del Estado Español para aquellas empresas y plantillas encuadradas en el ámbito funcional y personal en los términos definidos en los artículos siguientes...». Es decir, este Convenio se aplica sólo a servicios de prevención ajenos, y en el caso de empresas que se dediquen a otras actividades además de las propias de un servicio de prevención ajeno, se aplicará sólo a las personas que desarrollen de manera preeminente actividades y/o funciones propias del servicio de prevención ajeno. Se excluyen de este Convenio las actividades de formación, asesoría y consultoría no reguladas en el art. 20 del RSP, y las actividades relacionadas con la auditoría en materia preventiva. Tampoco se incluyen las personas que realicen una actividad «que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo» y las que sometidas a las relaciones laborales de carácter especial señaladas en el art. 2 del TRLET.

⁹ En este Convenio los médicos especialistas en Medicina del Trabajo se adscriben al grupo profesional I, nivel retributivo 1, mientras el personal TSPRL y el personal de enfermería especialista en Enfermería del Trabajo se adscriben al grupo profesional II, nivel retributivo 3.

¹⁰ La LPRL fue publicada en BOE nº 269, de 10 de noviembre de 1995, entrando en vigor a los tres meses después de dicha publicación.

¹¹ El RSP fue publicado en BOE nº 27, de 31 de enero de 1997, entrando en vigor a los dos meses de dicha publicación, a excepción del apartado 2 del art. 35, que lo hizo a los doce meses, y de los apartados 2 de los arts. 36 y 37, que lo hicieron el 31 de diciembre de 1998.

¹² Esta afirmación será desarrollada y justificada en los siguientes epígrafes de este trabajo.

En este sentido, la preparación formativa que capacita para ejercer esta profesión técnica, a pesar de haber pasado más de 20 años de la entrada en vigor del RSP que regula sus contenidos mínimos formativos de acceso, y de las posteriores modificaciones que éste ha sufrido, no ha servido para valorar como se merece esta formación, la cual aún continua en un estado de transitoriedad como señala García Jiménez¹³. Esta situación de la formación preventiva ocurre a pesar de la importancia del máximo bien jurídico que protege como es el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la protección de la salud, regulados en los arts. 15 y 43 de nuestra Carta Constitucional, sin olvidar la referencia que ésta hace al derecho al trabajo regulado en su art. 35 y su exigencia a los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene como exigencia inherente a la dignificación de tal derecho en su art. 40.

A pesar de la alta capacitación que se exige al técnico superior de prevención por su elevada responsabilidad, la formación que le capacita, a lo más que ha llegado en estos 20 años ha sido a la actual configuración en másteres de 1 o 2 años, cuya aparición se debe más a necesidades comerciales que a la propia demanda de estos profesionales en el mercado actual, al que desembocan demasiadas veces con escasa experiencia y con una formación poco especializada. En línea con lo señalado por algunos autores como Igartua Miró¹⁴ y García Jiménez¹⁵, entendemos que es preciso que la cada vez mayor oferta académica existente en materia preventiva ha de estar acompañada de una mejora en la calidad de contenidos frente a la actual remercantilización¹⁶ de la adquisición de competencias en la impartición de esta formación. A este proceso de mejora ha de sumarse además el verdadero compromiso de los poderes públicos en el diseño de programas educativos y formativos creíbles y exigentes para esta materia, que entendemos se merece como tal una titulación específica de grado en vez de un postgrado, la cual ni siquiera cumple su función como estudios de especialización. Porque entendemos que difícilmente se puede especializar a un titulado universitario con una formación a veces tan remotamente afín a la prevención cuando accede a este mercado sin tener validadas no ya académicamente sino, al menos, con una experiencia demostrable y acreditable, unas mínimas bases jurídicas, técnicas, científicas o culturales en prevención como herramientas necesarias para especializarse en esta materia. Es imposible especializarse en algo de lo que no se tienen unos conocimientos básicos. Con la actual regulación académica formativa, estos estudios de postgrado se convierten en una formación excesivamente genérica al tener que emplear buena parte de sus contenidos en sentar las bases que ya se le suponían al aspirante a técnico de prevención en su formación y experiencia anteriores. Contenidos que se podrían dedicar a una verdadera profundización y «especialización» no ya teórica sino también verdaderamente práctica.

Quizás habría que plantearse en este punto, sino es mejor optar, en vez de por un postgrado como solución formativa a esta materia, por un grado como existe en otras titulaciones a las que no desmerece por su amplitud de contenidos formativos necesarios

¹³ GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2016). Luces y sombras de la formación en materia de prevención de riesgos laborales: Balance crítico y claves para una reforma. En C. MOLINA NAVARRETE, M. GARCÍA JIMÉNEZ Y M. SORIANO SERRANO (DIRS.). *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Una revisión crítica, veinte años después*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, pp. 129-134.

¹⁴ Vid. IGARTUA MIRÓ, M.T. (2014). Los másteres universitarios «oficiales»: luces y sombras en su implantación y en el proceso de enseñanza-aprendizaje. En AA.VV. *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia*, pp. 97-136.

¹⁵ GARCÍA JIMÉNEZ. *Op. cit.*, p. 134.

¹⁶ *Ibidem*. En alusión a la mercantilización ya existente en la etapa anterior a 2010 donde las competencias en la impartición de esta formación pertenecían a entidades acreditadas por la autoridad laboral.

para ejercer esta profesión ni por la alta responsabilidad por el bien jurídico con el que trata. Nadie se cuestiona que un médico necesite unos estudios universitarios que antes tenían una duración de seis años y ahora no bajan de cinco, sin considerar los cursos de especialización de prácticas en centros hospitalarios. En este sentido, habría que recordar que la PRL tiene entre su razón de ser la integridad, la salud, la seguridad y el bienestar de las personas. Este planteamiento nos conducirá a una serie de reflexiones e interrogantes en los siguientes párrafos.

En este contexto, podemos cuestionarnos si quizás ésta situación de la formación preventiva de nivel superior se deba a que no se considera que estos estudios han de tener la misma entidad que otras titulaciones técnicas o jurídicas, como la ingeniería, arquitectura, medicina, psicología, biología, químicas, derecho o graduado social, por citar algunas de las más afines y contempladas en los contenidos formativos exigidos por la normativa actual para ejercer como TSPRL. También podemos debatir si quizás incide negativamente en esta situación desfavorable de la formación preventiva superior el no disponer de una planificación y programación propias y uniformes en sus contenidos formativos, con carácter de titulación de grado universitario en vez de los actuales estudios de especialización de máster universitario, a cuyas especialidades preventivas se puede acceder desde todo el espectro de titulaciones universitarias¹⁷ sin filtro alguno y con programaciones de contenidos formativos tan diversas y dispersas, regidos por intereses nada que ver con la PRL, hasta el punto de que a veces no cuentan con una sola asignatura en su programación académica que permita facilitar o enlazar con las herramientas básicas necesarias para poder, no ya especializarse, sino al menos comprender los conceptos básicos de la PRL.

Aunque también podemos plantearnos si a esta situación desfavorable no ha contribuido además el hecho de que la disciplina preventiva haya sido de las últimas en incorporarse al mercado laboral y por tanto universitario, lo cual le ha supuesto ser la «cenicienta» que se tiene que hacer hueco entre sus «hermanas mayores», que prefieren «mirar para otro lado» en vez buscar puntos de encuentro en el ámbito académico que aproveche y oriente eficaz y coordinadamente los recursos académicos ya existentes de otras titulaciones académicas más veteranas. En este estado de cosas, entendemos que es necesario cuestionar si no existe una falta de dinamismo en el mundo académico el cual no responde con la rapidez demandada por los cambios políticos, sociales, productivos, económicos, tecnológicos, científicos y jurídicos que inciden directamente en el mercado laboral, que plantean nuevas cuestiones y retos a tratar en el ámbito de la seguridad y salud laborales, y que la Universidad debiera resolver como esencia de su razón de ser, anticipándose en el análisis y búsqueda de soluciones a los problemas reales que le plantea la sociedad.

Como reflexión final y que resume las reflexiones anteriores sobre las posibles causas desde el punto de vista académico que pueden explicar la actual situación de la formación preventiva, nos planteamos si en dicho ámbito académico (desde los niveles inferiores educativos hasta los superiores universitarios), nos encontramos con una cultura preventiva pobre y muy mejorable, lastrada por una falta de sensibilidad y comprensión de la verdadera dimensión de la problemática de la seguridad y salud en el ámbito laboral.

¹⁷ Esto ocurre con las especialidades propias del personal TSPRL, es decir, Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología aplicada. No ocurre así con la especialidad de Medicina del Trabajo, a la cual sólo es posible acceder desde la titulación de Medicina (Orden SCO/1526/2005, BOE nº 127, de 28 de mayo de 2005), ni con la especialidad de Enfermería del Trabajo, para la cual es necesaria la titulación de diplomado o graduado en Enfermería (Orden SAS/1348/2009, BOE nº 129, de 28 de mayo de 2009).

Se podría argumentar que la evolución de los requisitos formativos de acceso al ejercicio de TSPRL, especialmente en sus etapas más tempranas tras la aprobación de la LPRL, se justifica, por una parte, ante la obligatoriedad de contar con estos técnicos por parte de las empresas, por la alta demanda impuesta por la nueva norma preventiva y, por otra parte, por la escasa oferta inicial de estos técnicos¹⁸. Eso podría explicar que en un principio esta formación estuviera fuera del catálogo de titulaciones universitarias. A pesar de transcurrir más de 20 años desde la entrada en vigor del RSP, la programación actual de los contenidos formativos para el acceso al ejercicio de las funciones preventivas de nivel superior se reducen a un máster de 1 o 2 años, cuando entendemos que quizás habría que plantearse si no es necesario ampliarlos a unos estudios de mayor duración como el grado, y si se quiere, complementados, pero no sustituidos, con un máster de especialización en áreas muy concretas de la materia preventiva.

La educación no es diferente en su análisis y diagnóstico a otros ámbitos que inciden en la PRL, al tratar de explicar dónde y por qué falla el modelo de la prevención en España, a pesar de contar con una legislación y desarrollo normativo prolíficos en esta materia en relación a los países más avanzados y con menores índices de siniestralidad laboral. Entendemos que el diagnóstico es una falta de cultura preventiva en la educación y en la formación, a todos los niveles y en todos los agentes que intervienen en ella. Sus síntomas no sólo se detectan en unos mejorables índices de siniestralidad laboral sino en el amplio margen de mejora en la capacitación de los profesionales que intervienen en la reducción de estos índices con mayor o menor éxito a pesar de todos los inconvenientes del modelo preventivo actual. A conclusiones parecidas llegó el Informe Durán (2001)¹⁹ al analizar la formación y educación en el modelo preventivo en España. Por tanto, en el análisis del factor educativo y de su derivada en la formación como uno de los ejes de la PRL en España, habría que preguntarse si existe un verdadero interés por parte de los poderes públicos en que esta materia se trate como se merece no ya en los niveles universitarios, sino también en los niveles inferiores de la enseñanza. Sólo así se creará una verdadera y deseable cultura preventiva en la sociedad y ésta podrá revertir de forma natural a la ciudadanía.

Esta reversión no sólo se producirá cuando se el ciudadano se incorpore al mundo laboral, sino también si éste llega a ejercer responsabilidades políticas legislando y reglamentando soluciones que remuevan obstáculos y planteando estrategias que actúen desde cada uno de los ámbitos que conforman la PRL, y que protejan verdaderamente el derecho del trabajador a ejercer su jornada laboral en las mejores condiciones de seguridad y salud, desarrollando una mejor tutela jurídica para los técnicos responsables en seguridad y salud laborales, que día tras día se enfrentan a la dura tarea de proponer las mejores soluciones para que esto sea así. Esta reversión también se producirá si el ciudadano opta por integrarse como responsable en el ámbito académico y educativo programando e impartiendo contenidos formativos más adecuados, cercanos y

¹⁸ En este sentido la exposición de motivos del Real Decreto 780/1998, de 30 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención (BOE nº 104, de 1 de mayo de 1998). señala en su tercer párrafo: «... Ante la inexistencia actual de titulaciones académicas o profesionales correspondientes a los niveles formativos mencionados, salvo en lo relativo a la especialidad de Medicina del Trabajo, se contempla la posibilidad transitoria de acreditación alternativa de la formación exigida, hasta tanto se determinen las titulaciones correspondientes por las autoridades competentes en materia educativa».

¹⁹ El Informe Durán debe su nombre a Federico Durán López, Presidente del Consejo Económico y Social, el cual fue entregado el 13 de marzo de 2001 al Presidente del Gobierno. Dicho informe contenía un estudio sobre el estado por esas fechas de la siniestralidad en España.

consonantes con la realidad laboral. O si se opta por el ámbito jurídico garantizando el cumplimiento del derecho al trabajo en unas condiciones de seguridad y salud óptimas, y la tutela efectiva y decidida del técnico en prevención que le permita el desarrollo de altas responsabilidades de forma autónoma, objetiva, íntegra y ética, frente a cualquier injerencia de terceros, especialmente con capacidad de influencia por su jerarquía.

Por último, esta reversión también se manifestará en la incorporación del ciudadano como responsable jerárquico, directivo o mando intermedio, en una organización empresarial, pública o privada, comprometiéndose con la política preventiva de ésta y difundiéndola a todos sus trabajadores, favoreciendo una cultura preventiva proactiva, situando a la prevención como un valor en si mismo más allá de parámetros productivos y económicos. En este escenario de colaboración entre todos los niveles jerárquicos, el trabajo del técnico de prevención se percibirá inadvertido, pudiendo éste centrar sus esfuerzos en otros aspectos y escenarios más desfavorables a los que apenas puede atender en culturas preventivas menos favorables, como es comprobar que las mejoras preventivas que propone se implementan y consiguen una reducción de la siniestralidad laboral a unos niveles mínimos. En definitiva, que la prevención se convierte en una herramienta efectiva y eficaz y no en un mero formalismo.

Aunque la figura central de nuestro estudio es el TSPRL, el hecho de que las funciones de nivel superior en materia de PRL incluya a las de nivel intermedio, además de que ambos tipos de profesionales coexistan y colaboren entre sí en el mismo entorno laboral, hace difícil abordar el estudio del profesional de nivel superior sin hacer referencia al de nivel intermedio, especialmente al tratar los requisitos formativos de acceso, que han mantenido en muchos aspectos una evolución normativa paralela.

2.1. Niveles formativos y especialidades preventivas necesarios.

La Directiva 89/391/CEE²⁰ indica en su art. 7.8 que los Estados miembros definirán las capacidades, aptitudes necesarias y el número suficiente de los trabajadores designados y los técnicos prevencionistas que intervienen en la gestión de una empresa. La LPRL señala en su art. 31.4, que «el servicio de prevención tendrá carácter interdisciplinario, debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones. Para ello, la formación, especialidad, capacitación y número de componentes de estos servicios, así como sus recursos técnicos, deberán ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar». El art. 10 del RSP, recoge entre las posibles modalidades de la actividad preventiva en una empresa la asunción personal por el empresario, la designación de uno o varios trabajadores, la constitución de un servicio de prevención propio y el recurrir a un servicio de prevención ajeno.

Será en los citados servicios de prevención tanto propios como ajenos, incluyendo la opción de mancomunados, donde el TSPRL desempeñará sus funciones, no existiendo la posibilidad de ejercer éstas fuera de estas modalidades como autónomo o profesional liberal. Esta última posibilidad si bien existía en la Directiva 89/391/CEE desaparecerá y se interpretará de manera restrictiva al transponerse ésta al derecho español a través de la LPRL. Esta directiva recoge dicha posibilidad al contemplar en su art. 7.3 que «si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención, el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento». Sin embargo, en su

²⁰ Directiva del Consejo 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, publicada en DO nº L 183, de 29 de junio de 1989. Es conocida como Directiva Marco.

transposición a la LPRL, ésta señala en su art. 30.1 que el empresario «constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa» admitiéndose, en su art. 31.1, la posibilidad incluso de recurrirse a uno o varios servicios de prevención ajenos, señalándose esta posibilidad también en el art. 20.1 del RSP. Como vemos en estos artículos, se prescinde literalmente de la opción de acudir a una persona ajena a la empresa para las actividades preventivas.

Esta literalidad en la LPRL no está tan clara sin embargo, cuando esta actividad preventiva se refiere a la formación en materia preventiva de los trabajadores. Así, dicha ley, en su art. 19.2 señala que esta formación podrá impartirse por la empresa «mediante medios propios o concertándola con servicios ajenos...». La utilización del término «servicios ajenos» en vez de «servicios de prevención ajenos», entendemos que permite una interpretación según la cual si que podrían tener cabida las personas ajenas a la empresa en la realización de actividades preventivas como la formación, no siendo en este caso exclusiva su realización por entidades concertadas. Sin embargo esta posible interpretación de la LPRL será negada por la Subdirección General de Ordenación Normativa al señalar restrictivamente, en su escrito de 7 de febrero de 2014²¹, que la «única posibilidad de que la formación del art. 19 LPRL pueda llevarse a cabo por alguien externo a la empresa es que la imparta un servicio de prevención ajeno debidamente acreditado» y que por tanto, como «servicio ajeno» ha de entenderse en todo caso «servicio de prevención ajeno».

El RSP establece un número mínimo de las especialidades con las que contarán los servicios de prevención en cualquiera de sus modalidades. Para la modalidad de servicio propio, el art. 15 del RSP establece un mínimo de dos especialidades o disciplinas preventivas de las previstas en su art. 34, es decir, a elegir entre las cuatro siguientes: medicina en el trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada; éstas serán desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar, que actuarán de forma coordinada. Además de estos técnicos el servicio de prevención propio contará con el personal necesario que tenga la capacitación requerida para desarrollar las funciones de los niveles básico e intermedio. No se dice nada en relación a que estas especialidades no puedan concurrir en un único técnico, ya que el RSP sólo señala al respecto (en su art. 15.2) que «los servicios de prevención propios deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa».

En el caso de un servicio de prevención ajeno, el RSP señala en su art. 18.2 que, en todo caso, estas entidades deberán... «contar con las especialidades o disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía aplicada». Es decir, deberán contar con las cuatro especialidades. En este caso, a diferencia del servicio propio, se contará con un número mínimo de técnicos por cada especialidad, al señalarse en este mismo artículo, que se dispondrá «como mínimo de un

²¹ Respuesta de la Subdirección General de Ordenación Normativa (Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) sobre una consulta realizada por AEPSAL (Asociación de Especialistas en Prevención y Salud Laboral), sobre la posibilidad de que la formación preventiva de los trabajadores pueda ser realizada por personas ajenas en el caso de que no pueda serlo por medios propios, en referencia al art. 19 de la LPRL. [En línea] <https://www.aepsal.com/wp-content/uploads/2015/02/RespuestaSdGON-AEPSAL.pdf>.

Tras esta respuesta, AEPSAL interpuso una denuncia ante la Comisión Europea por entender errónea la transposición del art. 7.3 de la Directiva 89/391/CEE en la aplicación actual de la legislación española. Véase dicha denuncia en <https://www.aepsal.com/wp-content/uploads/2015/02/DenunciaCE.pdf>.

técnico que cuente con la cualificación necesaria para el desempeño de las funciones de nivel superior, ... por cada una de las especialidades o disciplinas preventivas señaladas... salvo en el caso de la especialidad de medicina del trabajo que exigirá contar, al menos, con un médico especialista en medicina del trabajo o diplomado en medicina de empresa y un ATS/DUE de empresa. Además, será necesario disponer de personal con la capacitación requerida para desarrollar funciones de nivel básico e intermedio, en función de las características de las empresas cubiertas por el servicio de prevención ajeno. El art. 19.2 abre la posibilidad al servicio de prevención ajeno de subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos o instalaciones de gran complejidad.

En cuanto a los servicios de prevención mancomunados para los casos previstos en el art. 21 del RSP, aunque éstos suponen un caso especial de servicio de prevención propio compartido por varias empresas, se señala que éstos «habrán de contar con, al menos, tres especialidades o disciplinas preventivas». Además deberán de disponer de los recursos humanos mínimos equivalentes a los exigidos para los servicios de prevención ajenos. Por tanto, el número de especialidades necesarias será de un mínimo de dos en los servicios de prevención propios, un mínimo de tres en los servicios de prevención mancomunados y cuatro en los servicios de prevención ajenos.

2.2. Funciones de los técnicos en prevención de riesgos laborales.

Se ha señalado la exigencia de técnicos integrados en los servicios de prevención con diferentes funciones en materia de seguridad y salud laboral. En este epígrafe haremos referencia a esas funciones para comprender la capacitación que se les exige. Aunque nuestro estudio se centra especialmente en el técnico que realiza funciones preventivas de nivel superior, también señalaremos las funciones del técnico de nivel intermedio, que puede actuar de apoyo de aquél como veremos a continuación.

Las funciones correspondientes al nivel intermedio, contenidas en el art. 36.1 del RSP, incluyen la promoción e integración de la prevención en la empresa, la realización de evaluaciones de riesgos simples junto a la propuesta de medidas de control de éstos (siempre que no suponga la necesidad de especialización en algunas de las disciplinas de nivel superior), la información y formación básica de trabajadores, el seguimiento de dichas medidas de control, la participación en la planificación de la actividad preventiva y la dirección en las actuaciones a desarrollar en caso de emergencia y primeros auxilios, así como la colaboración con los servicios de prevención. Se contempla además la posibilidad de que se le asigne otras funciones auxiliares, complementarias o de colaboración con los técnicos del nivel superior.

Como se observa, las funciones del nivel intermedio no profundizan en ninguna de las disciplinas preventivas objeto de especialización de los técnicos del nivel superior, a los que como hemos indicado pueden servir de apoyo. A su vez, las funciones de nivel intermedio se encuentran incluidas y solapadas por las funciones de nivel superior. Éstas últimas se contienen en el art. 37.1 del RSP, entre las que se incluye además de las funciones de nivel intermedio, la realización de evaluaciones de riesgos y la planificación de la acción preventiva cuando por su complejidad sea necesaria una formación preventiva especializada, la formación e información a todos los niveles y en todas las materias. También se incluyen en este nivel las funciones de vigilancia y control de la salud laboral, en las cuales el personal sanitario especializado en medicina del trabajo tiene una especial relevancia.

2.3. Evolución de los requisitos formativos de acceso para los técnicos en prevención de riesgos laborales.

Una vez señaladas las funciones del técnico en prevención de riesgos laborales, especialmente las referidas al que desarrolla funciones de nivel superior, y conocidas las cuatro especialidades preventivas, podremos establecer los contenidos formativos para acceder a dichas funciones. Hay que decir que los requisitos formativos para poder desempeñar las funciones en materia de seguridad y salud laborales han ido evolucionando desde sus orígenes, a pesar de lo cual la regulación en esta materia desde el enfoque verdaderamente preventivo es relativamente reciente en España, con la aprobación de la LPRL en el año 1995. Por ello, nos centraremos en la regulación existente desde que se aprueba esta ley hasta la actualidad.

Anteriormente a la LPRL y al RSP ya existían profesionales técnicos desempeñando funciones preventivas, formando parte de los servicios de seguridad e higiene en el trabajo y de los servicios médicos de empresa²². El RSP estableció en su Disposición Adicional Quinta la posibilidad de convalidar las funciones que venían desempeñando estos profesionales para adaptarlas al marco normativo actual. Dicho reglamento establecía originalmente en su Disposición Transitoria Tercera un periodo transitorio en relación a las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima exigida relativa a las funciones de los niveles intermedio y superior en PRL, disposición que estuvo vigente hasta su derogación por el Real Decreto 337/2010²³. La existencia de diferentes marcos regulatorios de acceso a la profesión preventiva ha supuesto que, en la actualidad, coexistan técnicos que realizando sus funciones, bien sean de nivel intermedio o de nivel superior, han accedido a éstas con unos requisitos formativos muy diferentes según en qué período temporal ingresaron en este mercado laboral. A continuación señalaremos cómo han evolucionado esos requisitos desde la aprobación de la LPRL hasta la actualidad.

2.3.a) Requisitos formativos de acceso a fecha de publicación de la LPRL al amparo del Apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta del RSP.

²² El RSP, en su disposición adicional segunda, integra el personal perteneciente a los servicios médicos de empresa, en la fecha de su entrada en vigor, en los servicios de prevención de las correspondientes empresas cuando éstos se constituyan, sin perjuicio de poder seguir desarrollando las funciones que tuvieran atribuidas distintas de las propias del servicio de prevención.

En cuanto a la actividad sanitaria de los servicios médicos, la aplicación del RSP, según su disposición adicional tercera, no afectará a la continuación de dicha actividad que se haya venido desarrollando en las empresas al amparo de las normas reguladoras de estos servicios que se derogan y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo, aun cuando dichas empresas no constituyan servicios de prevención. Algo similar indica esta disposición adicional tercera para los servicios de seguridad e higiene en el trabajo existentes en las empresas a fecha de entrada del RSP, a cuyo mantenimiento este reglamento tampoco afectará aun cuando no concurren las circunstancias previstas en su art. 14 sobre los servicios de prevención propios.

El Decreto 1036/1959, de 10 de junio de reorganización de los servicios médicos de empresa (BOE nº 148, de 22 de junio de 1959) y la Orden de 21 de noviembre de 1959 por la que se aprueba el Reglamento de los servicios médicos de empresa (BOE nº 284, de 27 de noviembre de 1959) regulaban éstos servicios hasta la entrada en vigor del RSP, que deroga ambas normas.

²³ Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción. (BOE nº 71, de 23 de marzo de 2010).

Este epígrafe hace referencia a los criterios de acceso para el ejercicio de las funciones de nivel intermedio y superior, indicada en los arts. 36 y 37 del RSP, a fecha de la publicación de la LPRL, el 10 de noviembre de 1995, al amparo del Apartado 1 de la Disposición Adicional Quinta del RSP.

Quienes a esta fecha vinieran realizando funciones de nivel intermedio o superior y no contaran con la formación mínima prevista en éstos, podrán continuar desempeñando dichas funciones en la empresa o entidad en que la vinieran desarrollando, siempre que cumplieran una serie de requisitos, en los que se incluía tener una experiencia no inferior a 3 años a partir de 1985 en funciones de nivel intermedio, y de 1 o 5 años en las de nivel superior en función de si se dispone o no de titulación universitaria. Además será necesario acreditar una formación preventiva específica no inferior a 100 horas cursada en algún organismo público o privado de reconocido prestigio (formación que no se será de aplicación al personal sanitario, que se rige por su normativa específica).

Es decir, los técnicos de nivel superior contemplados en este epígrafe sólo podrán seguir desarrollando sus funciones en la misma empresa o entidad en la que ya vinieran haciéndolo antes de la publicación de la LPRL, ya que carecen de la formación mínima exigida para los niveles intermedio o superior. No obstante, a partir de 1998 podrán ampliar sus funciones a otras empresas si cumplen los requisitos que se contienen en el epígrafe siguiente.

2.3.b) Requisitos formativos de acceso durante el año 1998 al amparo del Apartado 2 de la Disposición Adicional Quinta del RSP.

Los arts. 36.2 y 37.2 del RSP, que regulan los requisitos formativos mínimos para los niveles intermedio y superior, respectivamente, entrarían en vigor después del resto de disposiciones de dicho Reglamento. En la redacción original del RSP estaba previsto que lo hicieran a los 12 meses de su publicación, es decir, el 31 de enero de 1998, junto con el art. 35.2 (que hace referencia a los requisitos formativos mínimos para el nivel básico). Sin embargo, el Real Decreto 780/1998, al modificar el RSP, ampliará este plazo de entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 1998. Otra modificación realizada por este Real Decreto fue añadir un segundo apartado a la Disposición Adicional Quinta del RSP (al que hace referencia este epígrafe).

Los motivos de estas dos modificaciones del RSP se explican en la exposición de motivos del propio Real Decreto 780/1998. Uno de estos motivos guarda relación con el dictado de la Orden de 27 de junio de 1997²⁴. Este hecho implica que el tiempo transcurrido entre la publicación del RSP el 31 de enero de 1997 y la entrada en vigor de esta Orden el 5 de julio de 1997 acorte el tiempo disponible para realizarse los proyectos formativos por parte de las entidades públicas o privadas interesadas en el desarrollo y certificación de actividades formativas en materia de PRL, una vez autorizadas por las autoridades laborales competentes, estando la mayoría de dichas entidades en pleno

²⁴ Orden de 27 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas, de autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y de autorización de las entidades públicas o privadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de PRL. (BOE nº 159, de 4 de julio de 1997). (Derogada por la Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre, por la que se desarrolla el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en lo referido a la acreditación de entidades especializadas como servicios de prevención, memoria de actividades preventivas y autorización para realizar la actividad del sistema de prevención de las empresas. (BOE nº 235, de 28 de septiembre de 2010)).

período de impartición de la formación. Esto supone que no se cuenten con suficientes profesionales que tengan certificada su formación mínima necesaria para poder ejercer las funciones de nivel intermedio o superior correspondientes a los arts. 36 y 37 del RSP. De hecho, en ambos niveles se comprueba que la aparición en el mercado de trabajo de técnicos con la acreditación requerida no cubre de manera apreciable la demanda existente en el momento de cumplirse el plazo inicialmente previsto para la entrada en vigor de los arts. 36.2 y 37.2. Otro de los motivos de las citadas modificaciones hace referencia a la constatación de la existencia de profesionales en los ámbitos de la actividad pública y privada que cuentan con un nivel de conocimientos y experiencia en el ejercicio de sus funciones de PRL equivalente, que han adquirido en el ejercicio de su profesión incluyendo la labor docente, pero que sin embargo, tienen dificultades al demostrar dichos conocimientos. Para ello, el Real Decreto 789/1998, añade en la Disposición Adicional Quinta del RSP la posibilidad de reconocer a tales profesionales mediante su certificación por la autoridad laboral que les habilite para el ejercicio de las funciones preventivas de nivel intermedio y superior. Por tanto, tras las modificaciones señaladas en la citada Disposición Adicional Quinta del RSP, señalamos a continuación cuáles son los requisitos que tendrán que cumplir los profesionales en esta segunda etapa descrita en este epígrafe 2.3.b) para desempeñar las funciones de los niveles intermedio y superior en materia de PRL. Como se observará, dichos requisitos se endurecen respecto a los del epígrafe 2.3.a).

Aquellos profesionales, descritos en el epígrafe 2.3.a), que durante el año 1998 vinieran desempeñando las funciones de nivel intermedio o nivel superior según los arts. 36 o 37 del RSP respectivamente, podrán ser acreditados por la autoridad laboral competente del lugar donde residiera el solicitante, expidiéndoles la correspondiente certificación de formación equivalente²⁵ que les facultará para poder desempeñar las funciones correspondientes a dicha formación, tras la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos, en los que se incluye una experiencia no inferior a 3 años a partir de 1985 en funciones de nivel intermedio o de nivel superior y la acreditación de poseer una formación específica en materia preventiva no inferior a 100 horas cursada en algún organismo público o privado de reconocido prestigio (que incluya los contenidos

²⁵ La expedición de esta certificación por la autoridad laboral competente se realizará de acuerdo al apartado 3 de la Disposición Adicional Quinta del RSP:

a) Mediante la valoración de la documentación acreditativa de la titulación poseída y de la correspondiente a los programas formativos de aquellos cursos recibidos que, dentro de los límites señalados en el apartado 2 de esta disposición deberá incluir los contenidos sustanciales de los anexos V o VI del RSP, según el caso. Se hará constar por el solicitante que esta formación ha sido superada con suficiencia en entidades formativas con una solvencia y prestigio reconocidos en su ámbito.

b) Mediante la valoración y la certificación de la experiencia acreditada por entidades o empresas donde se haya prestado los servicios. Esta experiencia deberá ser acorde con las funciones propias de cada nivel y, además con la especialidad preventiva a acreditar en el caso del nivel superior, incluyendo los cursos impartidos en su caso.

c) Mediante la verificación de estar en posesión de los conocimientos necesarios relativos a los aspectos no suficientemente demostrados en los apartados a) y b) que completen lo exigido en los anexos V o VI del RSP, mediante la superación de pruebas técnico-prácticas que determinen las capacidades y aptitudes exigidas para el desarrollo de las funciones de nivel intermedio y superior, respectivamente.

sustanciales de los anexos V²⁶ o VI²⁷ del RSP según el caso). Además será necesario poseer una titulación universitaria de primer o segundo ciclo si se solicita la acreditación para el nivel superior. Durante el año 1998, también podrán acceder a esta acreditación aquellos profesionales que, en virtud de los conocimientos adquiridos y de su experiencia profesional anterior a la publicación de la LPRL, debidamente acreditados, contarán con la cualificación necesaria para desempeñar las funciones de nivel intermedio o nivel superior en alguna de las tres especialidades de seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada. Antes de acceder a esta acreditación tendrá que cumplir con los tres requisitos señalados en este epígrafe.

2.3.c) Requisitos formativos de acceso al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RSP antes de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010.

Este período temporal de estudio de los requisitos de acceso a las funciones de nivel intermedio y superior en materia de PRL se sitúa al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RSP, y finaliza con la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010²⁸, el 24 de marzo de 2010.

Ante la inexistencia, a fecha de la entrada en vigor del RSP, de titulaciones académicas o profesionales correspondientes a los niveles formativos intermedio y superior en materia de PRL, el RSP establecía en su Disposición Transitoria Tercera²⁹, un período transitorio de acreditación alternativa de la formación exigida, hasta tanto se determinaran las titulaciones correspondientes por las autoridades competentes en materia de educación. En este sentido, se señalaba en dicha disposición transitoria que, en tanto no se determinaran por las autoridades educativas las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima exigida para el nivel intermedio y superior en los arts. 36 y 37 del RSP respectivamente, dicha formación podría ser acreditada sin efectos académicos a través de certificación expedida por una entidad

²⁶ El Anexo V del RSP trata del «Contenido mínimo del programa de formación, para el desempeño de las funciones de nivel intermedio». Contiene los siguientes bloques temáticos con la distribución de carga lectiva horaria indicada:

- I. Conceptos básicos sobre seguridad y salud en el trabajo, 20h.
- II. Metodología de la prevención I: Técnicas generales de análisis, evaluación y control de los riesgos. 170h.
- III. Metodología de la prevención II: Técnicas específicas de seguimiento y control de los riesgos. 40h.
- IV. Metodología de la prevención III: Promoción de la prevención. 20h.
- V. Organización y gestión de la prevención. 50h.

²⁷ El Anexo VI del RSP trata del «Contenido mínimo del programa de formación, para el desempeño de las funciones de nivel superior». Este programa consta de tres partes, con una distribución de la carga lectiva horaria indicada:

- I. Obligatoria y común (mínimo 350h), con los siguientes contenidos: 1. Fundamentos de las técnicas de mejora de las condiciones de trabajo, 20h. 2. Técnicas de prevención de riesgos laborales, 200h. 3. Otras actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales, 30h. 4. Gestión de la prevención de riesgos laborales, 40h. 5. Técnicas afines, 20h. 6. Ámbito jurídico de la prevención, 40h.
- II. Especialización optativa, a elegir entre las siguientes opciones: A) Seguridad en el trabajo, B) Higiene industrial, C) Ergonomía y psicología aplicada. Cada opción con un mínimo de 100h.
- III. Realización de un trabajo final o de actividades preventivas en un centro de trabajo acorde con la especialización optada, mínimo 150h.

²⁸ Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción. (BOE nº 71, de 23 de marzo de 2010).

²⁹ Esta disposición fue derogada por el Real Decreto 337/2010.

pública o privada que tuviera capacidad para desarrollar actividades formativas en esta materia y estuviera autorizada por la autoridad laboral competente. La Orden de 27 de junio de 1997³⁰ señalaba en su art. 7 cuáles eran los requisitos mínimos que tenían que cumplir dichas entidades formativas para ser autorizadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de PRL.

La citada Orden contemplaba entre los requisitos mínimos exigidos: la disposición de instalaciones y medios materiales y didácticos adecuados; el establecimiento de un programa formativo acorde a los contenidos de su art. 8.2 a)³¹; la disposición de acceso a biblioteca y bases bibliográficas; y una dotación de personal docente experto en las materias de las disciplinas a impartir que contara con una experiencia profesional de 3 años en dichas materias, que en el caso de corresponder a formación para desarrollar funciones de nivel superior sería de 5 años además de deber disponer de una titulación universitaria. En el caso de que se previera la realización de actividades preventivas en un centro de trabajo, la entidad formativa tenía que disponer de un concierto con empresas o entidades. Además, se podían concertar acuerdos entre varias de estas entidades formativas para una mejor dotación de personal docente.

Dicha Orden señalaba en su art. 10 cuál debía ser el alcance de la autorización para certificar las actividades formativas, indicando que ésta solo podía referirse a la certificación de actividades desarrolladas totalmente por la propia entidad y a la certificación por actividades desarrolladas parcialmente por la entidad. Esta autorización debía contemplar expresamente, en su caso, la posibilidad de que la entidad formativa pretendiera certificar enseñanzas impartidas por ella misma antes de la autorización. Dicha certificación se expediría previa comprobación de que se había cursado un programa con el contenido señalado en los anexos V o VI del RSP, y de la superación de una prueba de evaluación sobre dicho programa, o de que se contaba con una formación equivalente que hubiera sido legalmente exigida para ejercer una actividad profesional. En el caso de formación para desarrollar funciones del nivel superior, además sería requisito indispensable que el alumno poseyera una titulación universitaria.

Por tanto, en este epígrafe 2.3.c) queda patente la existencia de una tercera vía de acceso a los requisitos formativos para los profesionales que desempeñen sus funciones de nivel intermedio o superior, considerando las dos vías estudiadas en los anteriores epígrafes 2.3.a) y 2.3.b) de este trabajo. De este modo, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 337/2010 señala que los técnicos cuya formación en materia de PRL hubiera sido acreditada sin efectos académicos mediante la certificación descrita en este epígrafe al amparo de la Disposición Transitoria Tercera del RSP, obtenida antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, el 24 de marzo de 2010, podrán seguir desempeñando las funciones de nivel intermedio o superior, referidas respectivamente en

³⁰ Véase el epígrafe 5.2 de este trabajo.

³¹ *Un programa formativo anual o plurianual establecido de acuerdo a los criterios del Anexo III y los contenidos de los anexos V o VI del RSP, en particular lo siguiente:*

1. *Objetivos generales y específicos.*
2. *Programa de formación. Contenidos. Duración. Calendario.*
3. *Metodología. Actividades didácticas.*
4. *Modalidades de evaluación previstas para constatar el aprovechamiento de la formación impartida.*
5. *En el caso de que se vayan a realizar actividades preventivas en un centro de trabajo, concreción de las mismas, así como de los centros de trabajo previstos.*
6. *Sistema de evaluación interna de la calidad impartida.*

El Anexo III del RSP hace referencia a los «Criterios generales para el establecimiento de proyectos y programas formativos, para el desempeño de las funciones de nivel básico, medio y superior».

los arts. 36 y 37 del RSP. De la lectura de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 337/2010, también podemos considerar incluidos en esta tercera vía de acceso a aquellos técnicos cuya formación en la fecha de publicación de este Real Decreto, el 23 de marzo de 2010, estuviese en curso de ser acreditada sin efectos académicos mediante la certificación referida anteriormente, permitiéndoles, una vez obtenida la misma, tener plena capacidad para desempeñar las funciones de nivel intermedio o superior.

Además, de la formación de acceso descrita hasta ahora en este epígrafe impartida por entidades formativas autorizadas por la autoridad laboral, a partir del curso 2006-2007 las universidades españolas podrán ofertar másteres relacionados con la PRL³², coexistiendo durante algún tiempo ambas vías formativas. Será con la modificación del art. 37.2 del RSP cuando sólo quede disponible la vía universitaria para acceder a esta formación, como veremos en el siguiente epígrafe de este trabajo.

Dentro del intervalo temporal marcado por este epígrafe, citaremos tres hitos por su influencia en el modelo de la PRL en España, y en especial, en el tratamiento de la integración de la formación y la educación en el modelo preventivo. Nos referimos al Informe Durán (2001), a la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 y al Plan Nacional de Formación en Prevención de Riesgos Laborales (previsto realizar para 2009 e implantar a partir de 2010 como una de las medidas de dicha Estrategia. Estos hitos no pueden explicarse al margen de los marcos preventivos internacional (Convenios de la Organización Internacional del Trabajo) y europeo (estrategias comunitarias) adoptados hasta esas fechas.

2.3.d) Requisitos formativos de acceso después de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010, a partir del 24 de marzo de 2010.

Las modificaciones planteadas por el Real Decreto 337/2010 se basan en las propuestas de la EESST 2007-2012, en especial la señalada en su línea de actuación 6.3 que incide sobre el art. 37.2 del RSP, referido a la formación para las funciones de nivel superior. Este Real Decreto también se nutre de las cuestiones planteadas y debatidas dentro de un grupo de trabajo constituido por la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, y con las organizaciones sindicales y empresariales, que dará como resultado un documento de consenso sobre «las actuaciones para la mejora de la calidad y eficacia del sistema de prevención de riesgos laborales». Dicho Real Decreto deroga la Disposición Transitoria Tercera del RSP y con ello finaliza la etapa de transición hacia la acreditación formativa actual de los profesionales en materia de PRL. A partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, la vía de acceso para los nuevos profesionales que quieran ejercer estas funciones será a través de una titulación académica y profesional, lo cual no impedirá mantener la validez de las acreditaciones realizadas al amparo de esta disposición transitoria y de otras anteriores a este Real Decreto, como hemos visto en los epígrafes anteriores de este trabajo.

En el caso de las funciones de nivel intermedio recogidas en el art. 36 del RSP, para desempeñar éstas, actualmente se exige cursar el título de formación profesional de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales, cuya regulación se establece

³² Véase el apartado 7 del Plan Nacional de Formación en Prevención de Riesgos Laborales.

en los Reales Decretos 1161/2001³³ y 227/2003³⁴, y que será actualizado de acuerdo a la Ley Orgánica 2/2006 de educación³⁵. Este ciclo formativo se ha implantado en todas las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla, y a fecha de 13 de abril de 2013 existían 107 centros que impartían este ciclo, 90 públicos y 9 de carácter privado³⁶. Al contrario de, como veremos ocurre con la formación de nivel superior, los requisitos formativos para desempeñar las funciones de nivel intermedio no son modificados por el Real Decreto 337/2010 y se mantiene la redacción original del art. 36.2 del RSP que las regula, estableciendo los siguientes requisitos: poseer una formación mínima con el contenido del programa referido en el Anexo V del RSP, cuya desarrollo tendrá una duración no inferior a 300 horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo, respetando la establecida en el anexo citado.

Sin embargo, el Real Decreto 337/2010 si modifica los requisitos de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior, al modificar el art. 37.2 del RSP. Hasta antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, cuando en las etapas contempladas en los epígrafes 2.3.a), 2.3.b) y 2.3.c) de este trabajo se mencionaban los requisitos formativos para desempeñar estas funciones y se remitía a este artículo, se hacía referencia al cumplimiento de los requisitos establecidos en la redacción original del RSP. Dichos requisitos exigían tener una titulación académica, además de poseer una formación mínima con el contenido especificado en el programa del Anexo VI del RSP con una duración no inferior a 600 horas y una distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo, respetando la establecida en el citado anexo.

Como ya hemos señalado, la entrada del Real Decreto 337/2010 supone el fin de la transitoriedad en la formación de acceso para los profesionales de nivel superior en esta materia, no admitiéndose otra formación que la acreditada por una universidad, agotándose de este modo la previsión establecida en la Disposición Transitoria Tercera del RSP, según la cual, hasta que no se determinasen por las autoridades competentes educativas las titulaciones académicas y profesionales correspondientes a la formación mínima señalada en los arts. 36 y, en nuestro caso, 37 del RSP, «podrá» ser acreditada dicha formación sin efectos académicos con la correspondiente certificación expedida por una entidad pública o privada autorizada por la autoridad laboral competente. Se resalta entrecomillado «podrá» porque, en efecto, la citada disposición transitoria deja abiertas otras vías de acreditación más allá de la no académica. De hecho, ya antes de la entrada en vigor del Real Decreto 337/2010 existían titulaciones académicas universitarias en esta materia que habilitaban para el ejercicio de estas funciones, aunque su número era entonces despreciable en relación al del resto de ofertas formativas. Por tanto, la modificación operada por este Real Decreto sobre el art. 37.2 del RSP supone una restricción de los requisitos establecidos inicialmente en dicho artículo, al señalar su nueva redacción que la titulación universitaria ha de ser «oficial» y que la formación mínima poseída ha de ser «acreditada» por una universidad con el contenido especificado

³³ Real Decreto 1161/2001, de 26 de octubre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales y las correspondientes enseñanzas mínimas. (BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2001),

³⁴ Real Decreto 277/2003, de 7 de marzo, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Profesionales. (BOE nº 74, de 27 de marzo de 2003).

³⁵ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. (BOE nº 106, de 4 de mayo de 2006).

³⁶ Vid. INSHT (2013). *Balance final de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012)*, p. 57.

en el anexo VI. La modificación no afecta a los requisitos de contenido, duración y distribución horaria de esta formación mínima.

Esto supone que en la práctica esta formación de nivel superior se desarrolle de manera generalizada a través de una titulación universitaria de máster. A fecha de 31 de diciembre de 2012, en el Registro de Universidades, Centros y Títulos se reflejaban 60 másteres oficiales en PRL, de los cuales más de la mitad correspondían a universidades públicas y el resto a privadas, sujetos al control de la Agencia Nacional de la Calidad y Acreditación (ANECA)³⁷. Según el art. 4 del Real Decreto 1027/2011³⁸, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (MECES), el nivel de máster corresponde a uno de los cuatro niveles en los que se estructura dicho Marco³⁹; concretamente, según su art. 7, estos estudios se constituyen en el nivel 3 «en el que se incluyen aquellas cualificaciones que tienen como finalidad la adquisición por el estudiante de una formación avanzada, de carácter especializado o multidisciplinar, orientada a la especialización académica o profesional, o bien a promover la iniciación en tareas investigadoras».

A pesar de la reforma del art. 37.2 del RSP por el Real Decreto 337/2010, y en la línea de lo que señala García Jiménez⁴⁰, dicho reglamento presenta un nivel tal de indefinición que ha favorecido muchas de las inconsistencias actuales con las que cuenta la formación superior en PRL, partiendo de la no concreción de cuál ha de ser la formación que habilite para el ejercicio profesional de las funciones de este nivel, lo que conlleva a no quedar claro si dicha formación se puede realizar a través de un grado o de un máster universitario oficiales⁴¹, o también cabe la posibilidad, como de hecho ocurre en la práctica, de realizarse a través de cursos universitarios de especialización dentro del catálogo de títulos propios de la universidad, o incluso va más allá, con la posibilidad de ser realizada a través de entidades «acreditadas» o «concertadas» por una universidad.

Quizás en esta dirección iba la propuesta de modificación del art. 37.2 del RSP en el Plan Nacional de Formación para la Prevención de Riesgos Laborales. Esta propuesta finalmente no se llegó a plasmar en dicho reglamento perdiéndose una oportunidad de haber aclarado la ambigüedad, pretendida o no, de la norma en este aspecto, al poder haber restringido expresamente la formación universitaria basada en el Anexo VI a la de carácter oficial. Dicha propuesta señalaba:

Para desempeñar las funciones relacionadas en el apartado anterior será preciso estar en posesión de un título universitario oficial y acreditar la superación de una formación oficial impartida por una universidad de acuerdo con el programa formativo establecido en el Anexo VI, en relación, al menos, con una de las especializaciones indicadas en la parte II de dicho Anexo.

Dicho Plan de Formación además recomendará en su apartado 7 el establecimiento de criterios comunes para facilitar y orientar la traslación del programa formativo, en

³⁷ INSHT. *Op. cit.*, p. 56.

³⁸ Publicado en BOE nº 185, de 3 de agosto de 2011.

³⁹ Nivel 1: Técnico Superior; Nivel 2: Grado; Nivel 3: Máster; Nivel 4: Doctor.

⁴⁰ GARCÍA JIMÉNEZ. *Op. cit.*, pp. 132-133.

⁴¹ Cuando hablamos de titulaciones universitarias oficiales nos referimos a aquellas que han sido previamente evaluadas favorablemente por la ANECA, verificadas por el Consejo de Universidades, autorizadas en su implantación por las correspondientes Comunidades Autónomas, - según el art. 35.2 de la Ley Orgánica 6/2001 de 12 de diciembre, de Universidades (BOE nº 307, de 24 de diciembre de 2001), modificada por la Ley Orgánica 4/2007 de 12 de abril (BOE nº 89, de 13 de abril de 2007)-, y haber sido inscritas en el Registro de Universidades, Centros y Títulos. *Ibid.*, p. 132.

cuanto a contenidos y duraciones, establecido en el Anexo VI del RSP a los planes de estudios de los títulos que acrediten para el desempeño de las funciones de nivel superior, de acuerdo a lo que establece el art. 37.2 del RSP. Estos criterios comunes sugieren que las universidades han de establecer criterios preferentes de admisión a esta formación del Anexo VI, en función de la rama del conocimiento a la que esté adscrito el título oficial desde el que se acceda.

El Anexo III del RSP establece que la formación en PRL para el desempeño de las funciones de nivel básico, medio y superior «ha de ser integradora de las distintas disciplinas preventivas que doten a los programas de las características multidisciplinar e interdisciplinar». Señala que los proyectos formativos se diseñaran según los criterios y la singularidad de cada promotor, estableciendo los siguientes elementos: objetivos generales y específicos, contenidos, articulación de las materias, metodología, modalidades de evaluación, recomendaciones temporales y soportes y recursos técnicos. Los programas formativos, a propuesta de cada promotor, en base a los proyectos y diseño curriculares, recogerán una concreción temporalizada de los objetivos y contenidos, además de su desarrollo metodológico, las actividades didácticas y los criterios y parámetros de evaluación de los objetivos que se hubieran formulado en cada programa.

Es decir, se da a las universidades, en palabras de García Jiménez⁴², «una amplia capacidad de concretar y desarrollar el programa formativo [...] dejando de este modo, a decisiones puntuales -de política interna universitaria- y que no siempre responden a la búsqueda de la calidad formativa» lo que puede suponer, en palabras del autor⁴³ «una definición del programa formativo que presenta importantes descompensaciones, en cuanto a carga lectiva y contenidos, sobre las materias» contempladas en el Anexo VI del RSP. Esta situación puede tener graves consecuencias sobre la capacitación del futuro profesional en PRL, al generarse una desconexión entre los títulos universitarios ofertados como másteres universitarios en PRL y las necesidades formativas que éstos pretenden cubrir para realizar las funciones de nivel superior del art. 37 del RSP. De hecho, otra consecuencia palpable del extremo al que puede llegar esta amplia capacidad de desarrollo del programa formativo del Anexo VI por parte de las universidades promotoras es la coexistencia en la oferta actual formativa de másteres universitarios que habilitan para estas funciones, con cargas lectivas muy dispares, que van desde los 60 créditos ECTS⁴⁴, 90 créditos ECTS hasta los 120 créditos ECTS, con una duración temporal de 1 año, 1 año y medio y 2 años, respectivamente. Además, no todos estos másteres habilitan para las tres especialidades (seguridad en el trabajo, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada), sino que algunos sólo lo hacen para una de ellas, a cambio de incluir en sus programas contenidos de otras materias con cierto grado de afinidad con la PRL como son el medio ambiente, la gestión de la calidad o la integradora responsabilidad social corporativa. Con esta ampliación de materias se dota a estos estudios de postgrado de un contenido polivalente y flexible que los hace atractivos no sólo a aquellos futuros profesionales de la PRL, sino también a aquellos profesionales que ya ejercen en este sector pero que no cuentan con alguna de las tres especialidades

⁴² GARCÍA JIMÉNEZ. *Op. cit.*, p. 133.

⁴³ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁴ ECTS: Sistema Europeo de Transferencia de Créditos. El número mínimo de horas por crédito ECTS es de 25, y el número máximo de 30 (art. 4 del Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, por el que se establece el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional (BOE nº 224, de 19 de septiembre de 2003).

señaladas, o simplemente, la de quienes prefieren ampliar su horizonte profesional con un currículum formativo más allá del mundo de la prevención.

Otro problema no resuelto es el acceso a esta formación con el formato de máster desde otras titulaciones universitarias no estando claramente establecidos cuáles son los contenidos formativos complementarios necesarios según la formación de procedencia. En este punto, habría que preguntarse por qué apenas se incluye, o cuando se hace por qué no siempre lo es con carácter obligatorio, la formación en materia preventiva en los programas formativos de aquellas titulaciones universitarias más afines a la PRL como pueden ser algunas ingenierías o arquitectura, por citar dos claros ejemplos, cuyos profesionales debieran contar con una formación inicial en esta materia por las funciones que realizan, las cuales incluyen el enfrentarse o gestionar situaciones donde la PRL adquiere un protagonismo importante por la gravedad de los riesgos presentes. Otro ejemplo de la falta de integración de la formación preventiva en los estudios universitarios es el carácter residual que presenta dicha formación dentro de los currículos formativos y planes de estudios de los grados universitarios, a pesar de las líneas de actuación que se han aprobado en los diferentes planes y estrategias en los últimos 20 años en España. Este hecho es un exponente de la pobre cultura preventiva y el muy mejorable compromiso a nivel institucional en la integración de la prevención en la educación y formación.

Como ejemplo ilustrativo de la aparición de contenidos en materia de PRL en los planes de estudios universitarios nos centraremos en los relativos a los Grados ofertados por la Universidad de Málaga en el curso académico 2019-2020⁴⁵ con una mayor afinidad con la PRL como son las ingenierías, arquitecturas y estudios de relaciones laborales, analizando las asignaturas cuya denominación esté directamente relacionada con la PRL. Así, en los planes de estudios de las Ingenierías encontramos la asignatura de «Seguridad y Salud Laboral» de carácter optativo en los Grados de Ingeniería Electrónica Industrial, Ingeniería Eléctrica, Ingeniería Mecánica, e Ingeniería en Diseño Industrial y Desarrollo del Producto. En el Grado en Ingeniería de Organización Industrial encontramos la asignatura de «Seguridad Laboral e Industrial» de carácter obligatorio y las asignaturas de «Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales» y «Responsabilidad Social Corporativa y Sostenibilidad» de carácter optativo. No aparece ninguna asignatura con denominación directamente relacionada con la PRL en los Grados en Ingeniería Electrónica, Robótica y Mecatrónica, en Ingeniería de la Energía, ni en Ingeniería en Tecnologías Industriales. Tampoco aparece ninguna asignatura en los Grados en Arquitectura ni en Fundamentos de Arquitectura. No obstante, destaca favorablemente el Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, con la inclusión con carácter obligatorio de las asignaturas de «Salud Laboral» y de «Prevención de Riesgos Laborales». Estas asignaturas señaladas en los Grados anteriores suponen una formación académica para el alumno que le permitirá desempeñar las funciones como técnico de nivel básico en PRL del art. 35 del RSP. Pero no menos importante que los contenidos formativos necesarios para adquirir las capacidades y aptitudes para el desempeño de las funciones preventivas de los diferentes niveles (arts. 35, 36 y 37 RSP), lo es la metodología utilizada⁴⁶ en su impartición, de la cual dependerá el grado de asimilación

⁴⁵ Véanse en la web de la Universidad de Málaga <http://www.uma.es>. Respecto a los estudios relacionados con el ámbito sanitario como Medicina, Psicología o Enfermería, tampoco se ha observado en sus planes de estudios ninguna asignatura que trate la PRL de forma integral.

⁴⁶ Véanse como ejemplos de una metodología innovadora en este aspecto la utilizada en la impartición de la asignatura de «Prevención de Riesgos Laborales» en el Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos de la Universidad de Málaga (LÓPEZ INSUA, B.M. (2014). “La prevención de riesgos laborales a escena: un desafío para los nuevos sistemas de metodología docente”. En M. ABOUSSI (COORD.), M.T.

de los contenidos por los alumnos, y con ello, el grado de asimilación en ellos de la cultura preventiva como futuros profesionales de la PRL o como futuros agentes participantes en su gestión.

Sin embargo, este fracaso en la integración de la educación y la formación en la PRL no sólo afecta a la formación de nivel superior en PRL, sino que también la encontramos en la formación preventiva de nivel intermedio, constatando las dificultades en la inserción laboral de los técnicos que desempeñan funciones de este nivel. La formación de estos técnicos cuenta con un tratamiento desigual tanto en duración de los estudios como en las oportunidades laborales, que hace necesario replantear un cambio normativo en cuyo diseño participen las instituciones involucradas y los agentes sociales. Para conocer cuál será el devenir de la educación y de la formación en materia preventiva en los próximos años en base a las oportunidades de mejora y soluciones propuestas por la política nacional en esta materia, y cuál es el verdadero compromiso institucional en implantarlas al objeto de consolidar la integración de la educación y formación en el sistema preventivo español, es conveniente remitirnos al contenido de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020.

3. Conclusiones.

Los técnicos de PRL son la «punta de lanza» de la gestión preventiva en una organización y una manifestación palpable del grado de implantación en ella de la cultura de la prevención. En este sentido, la formación de estos profesionales adquiere un valor esencial en su capacitación para hacer frente a sus responsabilidades consistentes básicamente en gestionar la obligación del empresario que deriva del derecho de sus trabajadores a unas condiciones óptimas de seguridad y salud en su entorno de trabajo, es decir, se trata de garantizar el derecho al trabajo pero en armonía con el derecho fundamental a la vida, a la integridad física y moral. Derecho fundamental que explica el nivel de responsabilidad del técnico PRL. Pero esa responsabilidad exige de este profesional una capacitación suficiente y necesaria para llevar a cabo sus funciones. Para ello es vital una formación de acceso a a dicha funciones que luego será necesario completar con una formación permanente en su puesto de trabajo.

A pesar de haber transcurrido más de 20 años desde la aprobación de la LPRL, y de las políticas desarrolladas en España para su implantación real y efectiva, a día de hoy es cuestionable que éstas hayan tenido éxito en cuanto se refiere a la capacitación de los profesionales de la PRL en base a un diagnóstico de una formación de acceso que dista mucho de ser idónea, suficiente y efectiva para dar la mejor respuesta a los retos con los que estos profesionales se encuentran en su día a día. Las carencias de esta formación obedecen a múltiples causas pero destaca una dispersión de los programas de contenidos formativos en PRL impartidos por una excesiva variedad de entidades, con unas prioridades no siempre en consonancia con la esencia de la prevención y que demasiadas veces se rigen por criterios alejados de la motivación inicial de ésta, motivadas a su vez por una política formativa en PRL alejada de las necesidades reales. En este sentido, la consolidación de la formación y por extensión, de la educación en materia preventiva son vitales para conseguir un giro en el enfoque de la capacitación del profesional de la PRL,

DÍAZ AZNARTE LÓPEZ, M.I. GRANADOS ROMERA (DIRS.). *Prácticas de innovación docente en ciencias sociales y jurídicas*, pp. 143-148), y de la misma asignatura en el Doble Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos y Finanzas y Contabilidad de la Universidad de Sevilla (DOMÍNGUEZ, ANA (2018). “Innovar en la asignatura de Prevención de Riesgos laborales ¿una cuestión de riesgos o de protección de la enseñanza?” *Jornadas de Formación e Innovación Docente del Profesorado*, 1, 198-215).

como reiteran las diferentes estrategias en materia de seguridad y salud nacionales, comunitarias e internacionales. Para propiciar este cambio de enfoque es necesario incidir más allá del ámbito laboral, hay que actuar sobre la ciudadanía, en toda la extensión y niveles de la sociedad, para asimilar la cultura de la prevención en la conciencia colectiva.

A pesar de las políticas desarrolladas en formación y educación en PRL desde el inicio de la andadura de la LPRL, desde entonces no se han producido cambios sustanciales en las demandas de éstas, ni se ha terminado de conseguir la pretendida integración de la educación y formación en la mejora de la cultura preventiva. En este punto cabría preguntarse, si es la falta de esa cultura preventiva la que motiva este aparente desinterés y apatía institucional que se plasma en unas políticas que no llegan a consolidar esa integración, teniendo en cuenta que nuestros gestores públicos son integrantes, a su vez, de esa sociedad que adolece de una escasa cultura preventiva. En definitiva, podemos plantearnos si son unas políticas erróneas las causantes de una educación y formación en materia preventiva deficientes, o quizás habría que cambiar el sujeto en esta pregunta y reflexionar si son precisamente una educación y formación pobres en esta materia las que generan unas políticas erróneas al estar imbuidos sus máximos responsables, tanto los que la elaboran como los que la implantan, de una pobre cultura preventiva.

Bibliografía.

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2000). “Sobre las garantías de los trabajadores que ejercen funciones preventivas”. *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, 3, 2994-2998.
- COBOS SANCHIZ, D. (2006). “La formación del técnico superior en prevención de riesgos laborales en España: estudio Delphi”. *Prevention World Magazine*, 14, 24-31.
- DOMÍNGUEZ, A. (2018). “Innovar en la asignatura de Prevención de Riesgos laborales ¿una cuestión de riesgos o de protección de la enseñanza?” *Jornadas de Formación e Innovación Docente del Profesorado*, 1, 198-215.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2016). “Luces y sombras de la formación en materia de prevención de riesgos laborales: Balance crítico y claves para una reforma”. En MOLINA NAVARRETE, C.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. y SORIANO SERRANO, M. (Dir.). *Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Una revisión crítica, veinte años después*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, pp. 129-134.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2005). “La prevención de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 57, 353-366.
- GONZÁLEZ DÍAS, F.A. (2002). “Fuentes constitucionales y pilares normativos de la obligación de seguridad y salud en el trabajo”. *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, 5, 705-740.

- IGARTUA MIRÓ, M.T. (2014). “Los másteres universitarios «oficiales»: luces y sombras en su implantación y en el proceso de enseñanza-aprendizaje”. En AA.VV.. *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia*, pp. 97-136

- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (2011). *Plan Nacional de Formación en Prevención de Riesgos Laborales. Propuestas para el desarrollo de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 en materia de formación en prevención de riesgos laborales*. [En línea]
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT2011/ficheros/PlanNacionalFormaci%C3%B3nRL.pdf

- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (2012). *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012. Plan de acción para el impulso y ejecución de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012*. [En línea]
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Estrategia_Seguridad_Salud/Doc.Estrategia%20actualizado%202011%20ultima%20modificacion.pdf

- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (2013). *Balance final de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012*. [En línea]
<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/Balance%20FINAL%20EESST.pdf>

- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (2015). *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020*. Madrid: Autor.

- LÓPEZ INSUA, B.M. (2014). “La prevención de riesgos laborales a escena: un desafío para los nuevos sistemas de metodología docente”. En ABOUSSI, M. (Coord.), DÍAZ AZNARTE LÓPEZ, M.T. y GRANADOS ROMERA, M.I. (Dir.). *Prácticas de innovación docente en ciencias sociales y jurídicas*, pp. 143-148.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2004). “¿Qué hay de la famosa cultura de la prevención?” En MONEREO PÉREZ, J.L. *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*. Granada: Comares.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSÚA, B.M. (2016). “El derecho a la prevención: un análisis del modelo organizativo preventivo español”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, 395, 17-38.

- MORA, J.G. (2009). “Las políticas europeas de educación superior. Su impacto en España”. *Papeles de economía española*, 119, 263-276.

- PÉREZ MERLOS, R. (2017). *Análisis sobre la formación en prevención de riesgos laborales en España: Luces y sombras*. [En línea] <https://diagnosticoprconstruccion.files.wordpress.com/2017/06/libro-formacic3b3n-documento-final-19-6-2017-blog.pdf>

- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y TUDELA CAMBRONERO, G. (s.f.). *El Informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención. Notas para un debate necesario*. [En línea] <https://www.fraternidad.com/es-ES/download/el-informe-duran-sobre-riesgos-laborales-y-su-prevencion-notas-para-un-debate-necesario>

LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA EN RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA DE KOSOVO: UNA PERSPECTIVA NO SOLO CONSTITUCIONAL¹

The Unilateral Declaration of Independence of the Parliament of Catalonia in relation to the Unilateral Declaration of Independence of Kosovo: not only a constitutional perspective

Recibido: 19 de noviembre de 2019
Aceptado: 20 de diciembre de 2019

Andrés Torres Fonseca
Graduado en Filosofía
Graduado en Derecho
andrestorresfonseca37@gmail.com

RESUMEN

La Declaración Unilateral de Independencia tuvo lugar en Cataluña el 27 de octubre de 2017 y sus consecuencias legales y políticas aún se están dirimiendo. En este trabajo se plantea su similitud o diferencias con la DUI efectuada por Kosovo y la repercusión que tuvo en la comunidad internacional. Que la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva no prohíba la DUI efectuada por Kosovo ha sido utilizado por el nacionalismo independentista catalán como un argumento válido para reforzar su idea de secesión, que transforman en una secesión unilateral derivada de un derecho de autodeterminación legítimo. En estas páginas, planteo las implicaciones de esta argumentación y las distintas relaciones que se establecen en el caso entre el derecho constitucional y el derecho internacional.

PALABRAS CLAVES

Declaración unilateral de independencia, procés, autodeterminación, secesión, secesión como remedio.

ABSTRACT

The Unilateral Declaration of Independence took place in Catalonia on October 27, 2017 and had legal and political consequences that are still being resolved. In this paper, it will be discussed its similarities and differences with the UDI carried out by Kosovo and its effects on the international community. It could be said that the International Court of Justice in its Advisory Opinion does not prohibit the Kosovo UDI and its has been used by Catalan independence nationalism as a valid argument to reinforce its idea of secession, which they transform into a unilateral secession derived from the right of self-determination. In the following pages, the implications of this argument will be outlined, as well as the different relationships established in the case between constitutional law and international law.

KEYWORDS

Unilateral declaration of independence, proces, self-determination, secession, remedial secession.

¹ Trabajo realizado de acuerdo a la beca concedida en 2018-2019, “Ayudas para la iniciación a la investigación. I Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga”, bajo la dirección de D. Ángel Rodríguez Vergara. Agradecimientos a la Universidad de Málaga y a D. Ángel Rodríguez Vergara.

Sumario: 1. Introducción. 2. Comparativa DUI Kosovo y DUI Cataluña. 2.1. Marco “interno” de Kosovo al efectuar la DUI. 2.2. Marco interno de Cataluña al efectuar la DUI. 3. Autodeterminación y secesión. 3.1. Caso Kosovo desde la secesión como remedio. 3.2. Caso Cataluña desde la secesión como remedio. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción.

A raíz de la Declaración Unilateral de Independencia (en adelante, DUI) aprobada por el *Parlament* de Cataluña el 27 de octubre de 2017 el nacionalismo catalán ve cumplido sus objetivos. El de este artículo será comprobar si esta declaración puede ser aceptada bajo el derecho constitucional. Con esa intención, se relaciona con la DUI efectuada por la Asamblea de Kosovo en 2008 y la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ), que no prohibiría la DUI desde el derecho internacional, lo que desde el nacionalismo catalán se entenderá que legitima su propia DUI y permitiría ampararla en el derecho de autodeterminación reconocido por la comunidad internacional. La relación entre derecho constitucional y derecho internacional público es constante en este artículo dado el tema elegido, en él establezco la oportuna distinción de tratar la autodeterminación desde el derecho internacional y la secesión bajo la perspectiva del derecho constitucional.

Para ello esbozo el *procés* y lo que significa para consensuar y efectuar la DUI, a través del relato del agravio y la recreación de la identidad nacional catalana. Se compara el contexto previo a la DUI en Cataluña con el de Kosovo. Luego se analiza la Opinión consultiva de la CIJ y porqué consideran que la DUI de Kosovo no estaría prohibida por el derecho internacional. Se exponen los elementos más relevantes para llegar a esta conclusión y se comprueba que en el caso de Cataluña se puedan asimilar y comprobar que la agenda nacionalista no esté equivocada al internacionalizar el *procés*, para lograr su aceptación.

Una vez que el *procés* cobra total relevancia internacional gracias a la DUI catalana, es necesario aclarar los conceptos de, autodeterminación, secesión y secesión como remedio, y las distintas relaciones que se establecen entre ellos. En este punto analizo si el caso de Cataluña es aceptado bajo la doctrina de la secesión como remedio, tomando como referencia la solución que obtiene el caso de Kosovo.

Hacer partícipes a la comunidad internacional de una secesión ilegítima es fundamental para los grupos nacionalistas por lo que en ambas situaciones se defenderán postulados semejantes sobre la necesidad del planteamiento de una solución política, ya que han abandonado la vía de la legalidad al pretender una ruptura con el marco constitucional. Esta internacionalización del *procés* a través de la DUI será clave en todo el artículo y se plantea como eje central del mismo.

Por último, a través de la comparación con los dos casos tras el recorrido de la unilateralidad, considero si pudiera aceptarse la DUI desde un derecho interno que no la contemple y si para ello fuera necesario la opinión favorable de la comunidad internacional. O, por el contrario, aunque la DUI no contara con la aprobación de la comunidad internacional, si al comprobar una situación excepcional pudieran darle una solución política que satisfaga a las partes implicadas.

2. Comparativa DUI Kosovo y DUI Cataluña.

Entre la declaración unilateral de independencia efectuada en la Asamblea de Kosovo el 17 de febrero de 2008² y la DUI realizada por el presidente de la Generalitat, Sr. Puigdemont, el 10 de octubre de 2017 en el *Parlament*³, aprobada por el *Parlament* el 27 de octubre de 2017, hay una Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia⁴ que, según la tesis esgrimida por el independentismo catalán, avalaría ambas desde el derecho internacional. El propósito de este epígrafe es analizar el dictamen de la CIJ y comprobar si realmente aprueba desde el derecho internacional una declaración unilateral de independencia y las razones que para ello emplea. Además, se cuenta con la opinión separada de los magistrados que votaron en contra de este dictamen y las cuestiones que plantearon a la mayoría. Una vez se verifique esta intencionalidad de la CIJ de no prohibir la DUI de Kosovo al no violar el derecho internacional (diez votos contra cuatro) la comparo con la DUI catalana y los distintos puntos que puedan tener en común.

El resurgir del nacionalismo en distintas regiones europeas, con reivindicaciones históricas, ha brotado con fuerza. Es un hecho manifiesto que el nacionalismo catalán se ha apropiado de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo para reafirmarse en sus ideas y fortalecer un relato independentista dentro de Cataluña. Siempre apuntando a la comunidad internacional, para validar una opinión que admita desde el derecho internacional la declaración unilateral de independencia. Lo que en la lógica secesionista implica que una vez aceptada y reconocida la declaración de independencia ésta tendría que ser aceptada por el derecho constitucional español.

2.1. Marco “interno” de Kosovo al efectuar la DUI.

Se inicia el análisis del dictamen de la Corte en este epígrafe para comprobar la opinión de los magistrados al respecto y el marco interno legal en el momento de producirse la declaración. Se expone primero, el marco interno en Kosovo durante la DUI, luego el de Cataluña.

Puntualizo que no trato el marco constitucional de Serbia aplicable a Kosovo ya que la Resolución 1244 (1999)⁵ lo deslegitima e impone uno propio, internacional. Así, la

² Ver la noticia de la declaración disponible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2008/02/17/internacional/1203250080.html> [consultada el 25 de marzo de 2019].

El texto íntegro de la DUI Kosovo traducido al español disponible en: https://e00elmundo.uecdn.es/documentos/2008/02/17/independencia_kosovo.pdf No hay fuente jurídica de la publicación de la DUI ya que la efectuaron personas al margen de la Asamblea de Kosovo, se analizará en el siguiente epígrafe.

³ Ver la noticia de la declaración disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/10/catalunya/1507624143_410500.html [consultada el 25 de marzo de 2019].

El texto íntegro de la DUI catalana disponible en: <https://www.lavanguardia.com/politica/20171010/431970027817/declaracion-de-independencia-catalunya.html>. No se encuentra publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña al ser simbólica según sus propios autores, como expondré más adelante.

⁴ International Court of Justice. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010 I.C.J. 404 (July 22). Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf> (Utilizo la versión en español).

⁵ Aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 10 de junio de 1999.

Corte defiende que el marco interno internacional puede respaldar la DUI ya que desde la vertiente provisional tenía como objetivo principal obtener un gobierno estable en Kosovo. Si para obtener esta estabilidad era necesario vulnerar la Resolución internacional mediante la DUI es aceptable en cierto modo por la CIJ, cuando incorporan el argumento de “solución política”.

Primero, atiendo a la argumentación de la Corte para adecuar la DUI al marco constitucional interno creado por la UMNİK y la Resolución 1244 (1999). De nuevo los magistrados se contradicen ya que indican que el derecho constitucional interno rige el acto de hacer ese tipo de declaraciones de carácter político, mientras que la competencia de la Corte para emitir una Opinión consultiva se limita a cuestiones de derecho internacional.⁶ Sin embargo, los magistrados recurren al derecho interno en el momento de la DUI de Kosovo para comprobar que era conforme a él, cuando antes lo niegan y declaran que únicamente acuden al derecho internacional. Entiendo que, aunque sea un orden jurídico interno que proviene de una Resolución emitida por un órgano internacional a lo largo de toda la Opinión consultiva se considera como marco constitucional, por lo que o no deberían pronunciarse sobre este punto, o en todo caso no admitir la DUI desde el marco interno.

Los magistrados no mencionan en este apartado nada de lo anterior e inician una nueva argumentación que gira en torno a establecer el estatuto definitivo de Kosovo para adecuar la DUI. Se coloca la premisa de gobierno estable de Kosovo y su estatuto definitivo sobre la mesa y legitimarlo a cualquier precio parece la finalidad de la Corte. Este era el objetivo final de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, crear un régimen provisional para Kosovo y así a encauzar el proceso político a largo plazo. El problema es que la Resolución no contenía ninguna disposición que se ocupara del estatuto definitivo de Kosovo o de las condiciones para alcanzarlo.⁷

La Corte alude a otros casos (Chipre) donde si se establecen condiciones específicas para acordar el estatuto permanente el Consejo de Seguridad lo exige restrictivamente, y se especifican en la Resolución pertinente.⁸

En cambio, del tenor de la Resolución 1244 (1999) se desprende que el Consejo de Seguridad no se reservó la decisión definitiva sobre la situación en Kosovo y que guardó silencio sobre las condiciones para el estatuto definitivo de Kosovo. Por lo tanto, afirman que esta Resolución no impedía la adopción de la declaración de independencia de 17 de febrero de 2008 porque ambos instrumentos operaban a distinto nivel: a diferencia de la Resolución 1244 (1999), la declaración de independencia era un intento de fijar de manera definitiva el estatuto de Kosovo.⁹

La Corte reafirma con la interpretación de la Resolución 1244 (1999) que el objeto y fin de la Resolución es establecer una administración provisional para Kosovo sin adoptar ninguna decisión sobre su estatuto definitivo¹⁰, lo que permite que la DUI no esté prohibida bajo este marco interno tratándose de una Resolución internacional.¹¹

⁶ Párrafos 26 y 27 de la Opinión consultiva de la CIJ.

⁷ Párrafo 114 de la Opinión consultiva de la CIJ.

⁸ Párrafos 115, 116 de la Opinión consultiva de la CIJ.

⁹ Párrafo 114 de la Opinión consultiva de la CIJ.

¹⁰ Cardona, J. (2011): “La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector,” *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 63, p. 83.

¹¹ Párrafo 118 de la Opinión consultiva de la CIJ.

Es en este párrafo donde explican la “solución política” como fin último de la Resolución internacional para dar por finalizado el conflicto kosovar con Serbia. Esta idea se menciona en la Resolución 1244 (1999) como fin de la presencia internacional en Kosovo, para conseguir una solución política ayudando al autogobierno de Kosovo. Esta interpretación extensiva de solución política realizada por la Corte permite a los magistrados considerar que la Resolución internacional no limita ni prohíbe, y otorga cualquier tipo de herramientas legales o políticas a los sujetos legitimados para ello si buscan una solución. De nuevo, siguiendo los razonamientos anteriores que manifiestan si la Resolución 1244 (1999) prohibía la DUI, la Corte establece que no, ya que no hay una prohibición específica de declarar la independencia de Kosovo respecto de la República de Serbia por parte de actores políticos. Por lo tanto, la DUI no vulnera la Resolución 1244 (1999), marco interno aplicable en ese momento en Kosovo.¹²

Además de no vulnerar el marco interno desde la Resolución internacional, la Corte también se pronuncia afirmando que tampoco contradice el marco constitucional de Kosovo establecido bajo la UMNİK. La UMNİK creaba y consolidaba las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo. Estas instituciones no podían declarar la independencia unilateral ya que excedía sus competencias y no venía recogido en este marco constitucional. Para eludir esto la CIJ recuerda que la declaración de independencia no fue efectuada por las instituciones provisionales de Kosovo sino por actores no vinculados a estas instituciones. Volviendo a la identidad de los autores y su vinculación al gobierno provisional (que sí lo estaban)¹³ los magistrados consideran que al ser un acto que no pretendía surtir efectos y sólo buscar soluciones no está recogido como competencia de las autoridades de Kosovo, por lo que tampoco se vulnera este marco constitucional.¹⁴

La DUI efectuada en Kosovo en 2008 no vulnera de ningún modo para la CIJ el marco jurídico interno de Serbia, ni de Kosovo. En primer lugar, consideran el marco interno de Kosovo propio, desvinculado de la Constitución Serbia, impuesto por una Resolución internacional, la Resolución 1244 (1999). Aludiendo a los objetivos finales de esta Resolución como el conseguir un gobierno estable para Kosovo pretendiendo una solución política justifican la DUI. Si el marco interno, proporcionado por una Resolución internacional, tiene como fin la solución política, la DUI entienden recae bajo esta interpretación de solución política, por lo que la Resolución 1244 (1999) no la prohibiría, lo que conlleva a que la DUI no vulnere el marco interno. Además, en segundo lugar, la UMNİK también consolida el marco interno dando legitimidad a las instituciones de autogobierno provisionales en Kosovo. Parece claro que no está entre sus competencias efectuar una declaración unilateral de independencia, pues bien, para no violar este marco interno propuesto por la UMNİK, la Corte considera y repite el argumento de la identidad de los actores. Al ser actores políticos su declaración no tiene fuerza para vincular a la UMNİK y las instituciones de autogobierno así creadas, por lo que tampoco la DUI vulneraba el marco interno en este sentido.

Una vez se expone como la CIJ no considera que la DUI de Kosovo vulnere el marco interno ni desde la Resolución 1244 (1999) ni desde el marco constitucional provisional creado por la UMNİK, voy a comprobar si la DUI catalana estaría admitida por el marco constitucional español.

¹² Párrafo 119 de la Opinión consultiva de la CIJ.

¹³ Cardona, J. (2011): *op. cit.*, p. 93.

¹⁴ Párrafos 120-121 de la Opinión consultiva de la CIJ.

2.1. Marco interno de Cataluña al efectuar la DUI.

La DUI catalana se efectúa bajo el marco constitucional español que de ninguna manera contempla la secesión unilateral, ni otorga a una Comunidad Autónoma la legitimidad para declarar la independencia unilateral. No se ajusta de ningún modo al ordenamiento jurídico español. Las Leyes de Transitoriedad jurídica y Fundacional de la República (19/2017, 20/2017)¹⁵, aprobadas en los Plenos del *Parlament* el 6 y 7 de septiembre al margen del procedimiento exigido por la ley, y que marcan el camino para que desde el pretendido referéndum del 1 de octubre la soberanía del pueblo catalán se materialice en la DUI fueron declaradas nulas por el Tribunal Constitucional.¹⁶

La soberanía del pueblo catalán no podía expresarse en el referéndum ya que no se contempla en el marco interno español la figura del referéndum para este tipo de consultas,¹⁷ por lo que del mandato de las urnas del 1-O no se podía inferir que el pueblo catalán quería la independencia unilateral y habilitaban para ello a sus representantes políticos.

La DUI excedía las funciones del Parlamento catalán, vulnerando el marco constitucional, aunque atendiendo a la Opinión consultiva de la CIJ se puede pensar que al efectuarse por unos políticos que carecen de la fuerza necesaria para hacerla efectiva se debería tratar como un acto político sin efecto alguno, con lo que los actores no se responsabilizarían de la DUI. Esta opinión de la Corte pudo ser el germen que impulsó la consideración de la DUI por los políticos secesionistas como una aceptación favorable a sus pretensiones. Lo dejan claro en la ruta a seguir dentro del marco constitucional con el *Libro Blanco de la Transición Nacional de Cataluña*, que desembocaría en una posible declaración unilateral. Esta obra recoge los distintos informes dictados por expertos en diversos ámbitos que desde el Consejo Asesor para la Transición Nacional (CATN), que aconsejan al *Govern* la trayectoria para alcanzar la independencia con la DUI como último recurso.

Este órgano, el CATN, instituto político creado por la Generalitat en 2013, abordaba desde el marco interno español los diferentes escenarios que podrían producirse a raíz de la DUI. En primer lugar, defienden que estaría aceptada por el derecho internacional y que si bien el caso de Cataluña no es Kosovo y no hay una intervención internacional habría que atender a una interpretación flexible, y entender que la Opinión consultiva propone incluir otros contextos más modernos que amplíen los límites de la autodeterminación. Siguiendo con esta argumentación indican que el caso de Cataluña va más allá y por lo tanto encaja con una opinión favorable a la DUI, y no rompería con el marco interno español.¹⁸ Los motivos que aprecian para concluir que el caso catalán va más allá de Kosovo únicamente se mencionan como una interpretación actualizada del caso acorde con el contexto político catalán bajo la autoridad central española.

Esto facilita que el grupo catalán secesionista entienda que la DUI catalana será aceptada por el derecho internacional. Frente a una aceptación de la DUI por el derecho

¹⁵ Publicadas en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, XI Legislatura, n.º 500, de 6 de septiembre de 2017 y en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, n.º 507, de 7 de septiembre de 2017.

¹⁶ Ver la respuesta del Tribunal Constitucional a las “leyes de desconexión” en la STC 124/2017 de 8 de noviembre de 2017 que declara nulas e inconstitucionales dichas resoluciones del *Parlament*.

¹⁷ En relación al referéndum que habilitaría las “leyes de desconexión” el Tribunal Constitucional se manifiesta en la STC 117/2017 de 17 de octubre de 2017, declarándolo nulo e inconstitucional.

¹⁸ V.V. A.A. (2014): *Libro Blanco de la Transición de Cataluña*, Barcelona: Generalitat Catalunya. Departamento de Presidencia, p. 21.

internacional como salvoconducto para vulnerar el marco interno y no obtener ningún reproche por parte de la autoridad central, también se mencionan otros mecanismos que desde el derecho interno se opondrían a la DUI.

Siendo la aprobación de la DUI, de carácter instrumental y político, en sede parlamentaria mediante la vía de urgencia y pretendiendo una mayoría de votos no especificada, según sus idearios, se planteaban diversas opciones por parte del grupo secesionista catalán que pudieran contrarrestarla desde el marco interno.

En segundo lugar, desde el marco constitucional aludían que el estado español podía recurrir al art. 161.2 CE y al art. 155 CE, para obtener la suspensión automática de la autonomía catalana, según el *Libro Blanco*.¹⁹ Incluso llegan más allá en sus elucubraciones y plantean un hipotético estado de excepción y de sitio, regulado en la LO 4/1981. Para justificar la respuesta del estado a la DUI desde estos mecanismos consideran que únicamente sería en el supuesto que la proclamación de la independencia unilateral estaba alterando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y constituyera un acto de fuerza. Consideraban que la DUI no iba a causar este problema, ni se llevaría a cabo mediante la fuerza, por lo que tampoco responderían desde el derecho penal. Establecieron que hacer efectiva la DUI no implicaba recaer en el supuesto de rebelión, ya que la violencia sería inexistente. La sedición tampoco podría aplicársele, ya que, aunque la DUI pretendía un régimen de autogobierno caracterizado por inaplicación de leyes o el incumplimiento de determinados acuerdos o de resoluciones administrativas o judiciales, no parece, en cambio, que estuviera el requisito de proceder tumultuariamente.²⁰

Al margen de las posibles consecuencias de la DUI según el CATN, lo que ocurrió fue lo siguiente: tras votar la DUI, y aprobarla en el *Parlament*, ésta primero fue suspendida y luego declarada inconstitucional por el TC. También se aprobó el art. 155 CE en Cataluña por el Senado, y se aplicó por el Gobierno español. Algunos líderes del *procés*, en prisión provisional, se hallaban inmersos en un proceso judicial para dirimir su posible responsabilidad penal. Al respecto de esto último el Tribunal Supremo ya ha considerado que sí hay responsabilidad penal en los hechos.²¹ Uno de los autores de la DUI no quiso enfrentarse a esta responsabilidad penal y abandonó el Estado español, a día de la elaboración de este artículo continúa fugado.

Se cumple, en cierto modo, el camino esbozado por el *Libro Blanco*, aunque con consecuencias no esperadas para sus actores. Tras la respuesta del estado español se demuestra que la DUI vulneró el marco jurídico interno y de ningún modo estaba amparada bajo la Constitución como hecho extraordinario político, o situación irremediable que pudiera cobijarse bajo el derecho internacional. El relato del agravio con los sucesos del 1-O como máxima expresión no convence para internacionalizar el proceso y legitimar la secesión.

De acuerdo con la comparación que se sigue a lo largo de este apartado, si la DUI no se permite desde el marco interno, la única razón para considerar que no vulnera el marco constitucional sería la identidad de los autores. Si bien, en un principio la DUI se proclama y se firma en un espacio no habilitado para ello, posteriormente se vota y se aprueba en el *Parlament* en condiciones irregulares. La votación secreta por llamada

¹⁹ *Ibid.*, p. 27.

²⁰ Bárcena, J. (2016): “Manual para construir un estado (Los informes del Consejo Asesor para la Transición Nacional de Cataluña)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 37, p. 510.

²¹ Ver la sentencia del Tribunal Supremo STS 459/2019 de 14 de octubre de 2019.

nominal en urna, con la advertencia de los letrados de la cámara de su ilegalidad al estar suspendida por el TC, con la mitad de la cámara ausente en ese momento, y un resultado de 70 votos a favor en un órgano compuesto por 135 miembros. Esto hace cuestionarse la propia validez y fuerza de la DUI desde sus propios autores. No proclaman la DUI dentro del marco constitucional rompiéndolo, sino que el artificio para llevarla a cabo escapa al procedimiento de aprobación de cualquier resolución parlamentaria. Parece que en cierto modo si fue un mero acto político sin ninguna trascendencia dentro del marco interno, y como acto político tampoco sería cuestión de debate por la Corte Internacional de Justicia.

Considero que la falta de legitimidad de los autores, al exceder de sus funciones permitidas por ley, y pretender aprobarla mediante un procedimiento no adecuado para ello, hace que la DUI carezca de ninguna fuerza vinculante y su verdadera cualidad es la de ser un instrumento político. No sería la DUI el final del *procés*, sino continuar el *procés* desde la DUI para que lo proyecte hacia una atención internacional más relevante.

Así, el objetivo de la DUI, como acción política sería que desemboque en una atención internacional que asentara las bases de un proceso secesionista con trascendencia fuera del estado español. Esto legitimaría la secesión a través de una hipotética secesión como remedio, como expondré en el siguiente epígrafe. Me lleva a la siguiente dimensión del *procés* donde a través de la DUI cobran pleno sentido términos como autodeterminación y secesión como remedio, buscando una aceptación de la comunidad internacional y una internacionalización de un proceso secesionista que en un principio pertenecía exclusivamente al marco interno.

Desde el inicio del *procés* y tal y como se manifiesta en sus antecedentes directos buscar esta vertiente internacional ha sido obligatoria para el grupo secesionista, y con la proclamación de la DUI se consuma este propósito.

3. Autodeterminación y secesión.

En este epígrafe delimitaré los conceptos de autodeterminación y secesión para dejar claras las implicaciones del artículo en derecho internacional y derecho constitucional, ya que aludo en numerosas ocasiones a las relaciones establecidas entre dichas ideas. Tal y como se verá ambos términos se hayan entrelazados y es difícil desligarlos en el tema que nos ocupa. Siendo estos conceptos imprescindibles en el caso de Kosovo, un conflicto reconocido y con implicaciones por parte de la comunidad internacional; y en el caso de Cataluña, conocido internacionalmente y con aspiraciones por parte de sus actores a esta implicación.²²

Hay que considerar el derecho de autodeterminación de los pueblos desde el derecho internacional como el principio de un grupo nacional para reivindicar y elegir por ellos mismos su organización política y relacionarse con otros grupos. Término difuso y complejo que goza de numerosas aproximaciones desde multitud de autores.²³

En este apartado la entiendo como el derecho de las minorías de una región, en un principio, coloniales, para reforzar su proyección internacional y su plena relación con otros estados a través de un intento, que se puede materializar, de corresponderse como

²² Molina, I. (2018): "La dimensión internacional y europea del *procés*", en Coll, J., Molina, I. y Maldonado, M. (ed.) *Anatomía del *procés**. Barcelona: Debate, p. 201-220.

²³ Ver entre otros: Buchheit, L.C. (1978): *Secession: the legitimacy of self-determination*, New Haven: Yale University Press; Knop, K. (2002): *Diversity and Self-Determination in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

un estado libre y soberano, y así desarrollar su estatus político y económico social.²⁴ Puede identificarse en el caso del que me ocupo con el derecho a decidir como fin último del *procés* y término fundamental en la cuestión catalana. Consistiría este derecho a decidir en la capacidad de un grupo, dentro de una región, para reivindicar su estatus político en lo que se refiere a su mantenimiento como parte integrante del estado del que forma parte y, en su caso, finalizar la configuración de su estatuto político en el seno de aquel. Una capacidad que incluye la posibilidad de decidir la independencia, aunque no sea en absoluto este el fin último de la autodeterminación.²⁵ Una pretensión que trata de romper con el marco constitucional y la soberanía del estado anterior, o determinar el estatus político de esa comunidad dentro del estado en el supuesto de que optase por mantenerse en su seno.²⁶

Estas minorías consideradas aquí como grupo comparten en algunos casos rasgos identitarios, que desembocan en nacionalismos, tales como lenguaje, religión o etnia. Así, el principio de autodeterminación de la minoría estatal lleva configurándose como principio general a partir de la I Guerra Mundial²⁷ y desarrollándose tras la II Guerra Mundial, recogándose en los textos internacionales. Una de las primeras menciones en estos textos, es en la Carta de San Francisco, siguiendo con la Resolución 1514 (XV)²⁸ y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, tratando la autodeterminación de los grupos coloniales u ocupados que reivindican su soberanía. Sigue con la Resolución 2625 (XXV)²⁹ que completa lo anterior con el inicio del reconocimiento de la doctrina internacional que avalaría la autodeterminación más allá de los casos coloniales, presentando así el derecho a la secesión como remedio de las minorías o grupos étnicos cuando peligren sus derechos. Si mencionamos el párrafo sexto de la Resolución 1514 (XV), que afirma que “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”³⁰, se observa cómo, en principio, el derecho internacional no fomenta el reconocimiento de nuevos estados.

Partiendo de esta base hay que completar que el derecho internacional reconoce el derecho de autodeterminación en su dimensión interna (derecho al gobierno democrático) a todos los pueblos, pero lo limita en su vertiente externa (derecho a decidir el estatus externo del territorio) a los pueblos de un territorio dependiente, contexto colonial, donde aún no se ha constituido un estado, permitiendo una opción a la creación de nuevos estados.³¹ Esta limitación en su vertiente externa cambia a partir de la introducción de la doctrina internacional que avala la secesión como remedio. Tal y como queda expuesto en los textos internacionales la pretensión de autodeterminación está amparada por el derecho internacional, en primer lugar, siempre que provenga desde una colonia, protegiendo un proceso de descolonización; rechazando una ocupación extranjera; o

²⁴ Martínez, A. (2015): *El derecho de autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p.127.

²⁵ López -Basaguren, A. (2016): “Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El *procés* a la luz de la experiencia comparada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 37, p. 165.

²⁶ *Ibíd.*, p. 167.

²⁷ *Ibíd.*, p. 168.

²⁸ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

²⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970.

³⁰ López -Basaguren, A. (2016): *óp. cit.*, p. 169.

³¹ Soroeta, J. (2018) “Quo Vadis Cataluña? La unilateralidad, un viaje de corto recorrido”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Núm. 34, pp. 323-342.

desde la opresión de un régimen racista que dañe los derechos humanos de las minorías.³² Estos últimos casos serían los conocidos en el supuesto de secesión como remedio, como la última solución de un territorio, inmerso en una crisis territorial, que quiere defender su soberanía ya que peligran los derechos humanos y civiles de las minorías. En principio, se esboza la secesión como remedio como el mecanismo último para defender los derechos de las minorías frente a la opresión del estado y permitir que se defiendan de dicho estado ejerciendo su derecho excepcional recogido en la secesión como remedio.

Aceptado el derecho de autodeterminación desde sus dos vertientes (interna y externa) se puede encontrar un proceso de independencia amparado bajo el principio de libre determinación recogido en el derecho internacional. Pero no siempre se obtienen respuestas idénticas desde la comunidad internacional a situaciones a priori semejantes, como analizaré, ya que en algunas ocasiones la respuesta es no romper la unidad nacional, aunque puedan parecer casos de la secesión como remedio.

Tras el breve repaso al principio de autodeterminación de los pueblos es necesario comprobar en qué medida la secesión está ligada a la autonomía de una región y su derecho a decidir. Antes delimitaré la secesión para seguir sus implicaciones a lo largo del epígrafe adecuándose a los casos concretos que presento.

Primero, presento la secesión como un concepto difícil de acotar, y confundido en ocasiones con términos parecidos como revolución, rebelión, o desobediencia civil. Ideas que pueden encontrarse en el proceso secesionista, pero no podemos reducir este a las situaciones mencionadas. Segundo, se acepta en principio la secesión de un territorio como la ruptura con el marco constitucional vigente, contemplado por el propio texto constitucional, para, posteriormente, configurar uno nuevo que se adecúe a las pretensiones políticas de la región secesionista. Tercero, el objetivo de la secesión no trata de derrocar el gobierno existente ni cree cambiar el orden constitucional para adecuarlo a sus objetivos económicos o sociopolíticos, sino limitar el poder del estado dentro del territorio que ocupa. Propone no estar restringido por el orden interno creado ya en el estado.³³

El proceso secesionista reduce el poder del estado en su territorio para fortalecer su propio grupo dentro de una región en concreto. Los integrantes de este grupo limitan al máximo el poder estatal mientras van ampliando su autonomía. Para ello no necesitan la eliminación del gobierno central ni negar la autoridad política de éste, tan sólo reaccionan frente a esta autoridad central manifestando que no tiene ninguna ascendencia sobre su grupo ni sobre su territorio. Por lo tanto, tampoco el fin último de la secesión es la independencia ya que el proceso secesionista puede iniciarse para no reconocer el marco interno vigente de un estado en concreto, pero aceptar reconocer una autoridad distinta sobre su territorio no configurada por ellos, es decir, no constituirse en un estado soberano sino unirse a uno ya existente.³⁴ Aunque los casos de los que me ocupó sí tienen la independencia como fin último y esperado al iniciar la secesión y no quieren integrarse en ninguna otra autoridad que no sea la conseguida por su propio grupo.

Otra premisa relevante en las reivindicaciones secesionistas sería la cuestión territorial. El territorio del grupo es necesario para alcanzar el fin último del proceso y desligarse de la autoridad central para establecer la propia. Uno de los objetivos es

³² Martínez, A. (2015): *óp. cit.* p. 167.

³³ Buchanan, A. (2013): *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona: Ariel, p. 50.

³⁴ *Ibíd.*, p. 50.

conservar las fronteras nacionalistas existentes y salir del ámbito interno, trazar nuevas fronteras a partir de las propias para alcanzar la soberanía.³⁵

Fijados algunos objetivos del proceso secesionista hay que aclarar que la secesión no es un derecho que pueda ejercerse libremente si se cumplen una serie de requisitos, sino que sólo puede llevarse a cabo si viene permitida en el texto constitucional de cada estado. Realizarla de cualquier otra forma, en principio, entraría bajo los supuestos de secesión unilateral ilegal. Por lo tanto, la secesión unilateral como ruptura con el orden interno vigente será asunto del derecho constitucional, diferente del derecho de autodeterminación, o en casos más graves la doctrina de la secesión como remedio, temas que se tratan desde la óptica internacional. Al confluir ambos términos es necesario una oportuna distinción, para justificar en cierta medida que el contexto internacional sea relevante en un asunto del que se ocupa el derecho interno de cada estado.³⁶

Como se ha expuesto, los procesos de autodeterminación necesitan internacionalizarse para que la comunidad internacional se fije en ellos. Solo los conflictos territoriales que se vuelven relevantes a nivel internacional son considerados por la comunidad internacional para abordar en sus territorios el principio de autodeterminación. Sin embargo, parece que la secesión es todo lo contrario. Esta versará sobre aquellos casos en los que una disputa territorial no ha adquirido aún relevancia internacional y debe tratarse siempre conforme al derecho interno. En principio, la secesión es un asunto en el que el derecho internacional no está involucrado, y que generalmente se rige exclusivamente por el derecho constitucional.³⁷

No quiere decir que la autodeterminación y la secesión no sean asuntos relacionados, ni que los diferentes órdenes legales que los rigen estén completamente separados. Es innegable que la comunidad internacional está preocupada por el gran número de intentos secesionistas tanto en las democracias ya asentadas y establecidas, como en aquellas zonas donde la democracia no es la forma de organización del estado. De hecho, un proceso secesionista puede, en cierto punto, ser internacionalizado.³⁸ Los intentos desde la comunidad nacionalista que quiere lograr esta internacionalización para que el conflicto goce de una atención y protección distinta al conflicto interno son diferentes y cada grupo en su región lo ha acercado desde diferentes perspectivas.³⁹ Del mismo modo las circunstancias que pueden llevar a tomar la secesión como un problema aceptable y relevante para la comunidad internacional son de naturaleza variada. Hay algunos casos en los que la comunidad internacional da pasos hacia el reconocimiento como estado a una región que aspira y traza esta dirección; o en otros reivindica y apoya el uso de la fuerza por parte de terceros involucrados en un conflicto de secesión.⁴⁰

En la totalidad de las ocasiones, la intervención internacional ha tenido en la protección de los derechos humanos, aparente o real, el fundamento último para justificar su intervención y trasladar un problema territorial interno que debería ser resuelto por el marco constitucional vigente a la esfera internacional, respondiendo con los mecanismos internacionales que en ese caso concreto considere sean de aplicación.

³⁵ *Ibid.*, p. 51.

³⁶ Sunstein, C. (1991): "Constitutionalism and Secession", *University of Chicago Law Review*, N. 58, pp. 633-670.

³⁷ Rodríguez, Á. (2019): "Moving towards independence - breach ing the law: self-determination and secession in Catalonia", *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Vol. XVII, pp. 343-372.

³⁸ *Ibid.*, p. 360.

³⁹ Martínez, A. (2015): *óp. cit.*, pp. 199-264.

⁴⁰ Rodríguez, Á. (2019): *óp. cit.*, p. 361.

La protección de los derechos humanos como el nexo más importante entre la preocupación de la comunidad internacional por respetarlos y reconocer nuevos estados. Esto justifica el derecho de autodeterminación de una minoría territorial dentro de un estado después de una violación sistemática y generalizada de los derechos civiles y humanos. En un principio la comunidad agredida inicia un proceso de secesión unilateral que podrá ser llevada a cabo y considerada un caso de secesión como remedio.

Esta secesión se transformará en un asunto internacional ya que implica en sus últimas consecuencias el nacimiento de un nuevo estado independiente. Para ello, el derecho internacional aplica estándares reconocidos para distinguir entre secesiones legítimas e ilegítimas, ya que un acto de secesión solo sería válido en virtud del derecho internacional si se basa en una reivindicación legítima del derecho de autodeterminación recogido en los textos internacionales, o en algunas ocasiones procedente de un caso excepcional considerado por la doctrina como un caso de secesión como remedio.⁴¹

Solo se admiten desde el derecho internacional estos casos de autodeterminación tras vulneraciones suficientes y repetidas a los derechos humanos. Habrá que dejar fuera de este marco aquellos ejemplos que no se adecuen al esquema. Así, todos los procesos secesionistas que se sigan en territorios no coloniales, distintos de los justificados por violaciones graves de los derechos humanos, están únicos y exclusivamente bajo la jurisdicción del derecho interno, y por lo tanto no implican el ejercicio de ningún derecho otorgado por el derecho internacional.⁴² Aunque, la secesión y la autodeterminación se encuentren unidas en la delgada frontera del derecho constitucional e internacional, a pesar de sus complejas relaciones ligadas se supone que la distinción entre la autodeterminación y la secesión es útil para el fin de este artículo, ya que se pueden acordar casos de secesión alejado de los límites del derecho internacional, al no ser el conflicto interno atractivo para esta esfera, no incluyéndolo como un asunto de autodeterminación. Esta afirmación nos acerca a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, cuando no trata la DUI en cierto modo por ser un aspecto político interno de cada estado, y no se acerca desde la doctrina internacional, aunque concluye así por otros razonamientos como he mostrado.

Así, se debe mantener esta distinción ya que se aplican criterios legales distintos en cada caso. Se puede suponer que una minoría territorial no tiene derecho a la autodeterminación desde el derecho internacional, al no encontrarse amparado por sus reglas, pero está sujeta a un hipotético derecho de secesión si así se recoge en el marco constitucional interno. En ese caso se inicia un proceso secesionista legítimo, que podría en algún momento ganar un reconocimiento internacional en virtud de la aceptación de este marco interno, una situación no muy frecuente. Por el contrario, se puede alcanzar la suficiente atención internacional que considere una secesión ilegítima como el ejercicio protegido del derecho de autodeterminación siempre y cuando entre bajo los parámetros internacionales, ya que una vulneración del ordenamiento jurídico interno implicaría una acción de ruptura con el marco constitucional vigente que podría, obtener reconocimiento internacional más adelante, desvinculado con la esfera interna del principio. Sin embargo, en esos casos se mantendrá el hecho de que aconteció una secesión ilegal desde un punto de vista interno.

Entendida la distinción es necesario mencionar uno de los mecanismos más relevantes que inicia una secesión ilegal. Este será la Declaración Unilateral de Independencia. Una

⁴¹ *Ibíd.*, p. 362.

⁴² Rodríguez, Á. (2019): *óp. cit.*, p. 363.

acción que viene precedida del rechazo al orden constitucional y de una crisis política. La DUI se encuentra en el límite de la secesión, siendo considerada como una rebelión en sí misma, dado su carácter unilateral que omite el contexto constitucional. Esta situación produce conflicto social, tensión política e incluso la intervención militar.⁴³ Este acto político de carácter separatista que pretende considerar propias las instituciones constitucionales y configurarlas para su proceso secesionista conllevaría un trastorno social y económico significativo, lo que aumentaría el riesgo de una desobediencia civil, violenta en la mayoría de las ocasiones. Una crisis de secesión trae una complejidad social y económica significativa, que va más allá de cualquier cuestión en apariencia relevante como la creación de nuevas fronteras, sino que se acerca a la creación de un nuevo orden jurídico. Construir una nueva soberanía desde la ruptura unilateral y total con el sistema vigente a través de una nueva política significa quebrantar el sistema constitucional.⁴⁴ Y romper con este marco interno vigente acarrea una serie de consecuencias desconocidas para los grupos secesionistas.

Para comprender el alcance real de la DUI y comprobar si llevarla a cabo se justifica en un caso extremo de vulneración de los derechos y libertades de las minorías, presento el caso de Kosovo y el caso de Cataluña, contextos donde se han efectuado sendas DUI y por ello resultan situaciones claves en las que se puede pensar si aplicar o no la secesión como remedio. Para ello haré un repaso breve de los antecedentes lógicos al efectuar la DUI. Posteriormente trato de encajar ambos casos bajo la doctrina de la secesión como remedio. Para ello se alude a los razonamientos jurídicos amparados en la doctrina internacional y se plantea si más bien estas conclusiones no enmascaran razones políticas que arbitrariamente utilizan determinados casos para presentarlos como ejemplos de secesiones legítimas, cuando haya motivos para considerar que no lo sean.

3.1. Caso Kosovo desde la secesión como remedio.

Tal y como he expuesto si el proceso secesionista de Kosovo comienza con la DUI tendríamos que encuadrarlo bajo el término de una secesión ilegal, al no contemplar la posibilidad de independencia unilateral el marco interno serbio, ni la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad. Entonces, si es una cuestión que debe resolver el estado desde la Constitución, ¿por qué se ha categorizado como un problema de derecho internacional?

El conflicto de la minoría albano kosovar con Serbia, enquistado en el tiempo, y las vulneraciones graves y sistemáticas de los derechos humanos hacia un grupo atrae toda la atención internacional, incluyendo su implicación directa. Esta intervención en el gobierno serbio modifica el marco interno de manera ininterrumpida, intentando una solución pacífica en la que los actores principales se encuentren implicados. Tras ocho años de gobierno provisional por la Resolución internacional del Consejo de Seguridad, la Asamblea de Kosovo proclama su independencia unilateral iniciando un extraño proceso secesionista, ya que su gobierno provisional procede de un marco internacional. Esto pone de manifiesto la inestabilidad del gobierno, que buscaba la DUI como última salida aceptable al conflicto albano kosovar. Siendo un gobierno central débil, más posibilidades tenía el grupo secesionista de lograr el éxito de su independencia. Además, esta fragilidad del gobierno se vio respaldada desde una administración internacional,

⁴³ Haljan, D. (2014): *Constitutionalising secession*, Oxford: Hart Publications, p. 10.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 11.

para paliar los excesos represores y la falta de autoridad del gobierno central involucrando así a toda la comunidad internacional.

En primer lugar, para aceptar la DUI de Kosovo debemos situarnos bajo las coordenadas de un gobierno central débil sin legitimidad alguna para el pueblo kosovar ya que en realidad se haya bajo una administración internacional, como un paso relevante para que sea aceptable aplicar la doctrina internacional de la secesión como remedio. Así, cuanto más inestable es un gobierno central, mayor es la probabilidad de éxito del derecho de autodeterminación por parte de una región secesionista. Se debe demostrar, al no proceder de un contexto de descolonización, que se ha necesitado una administración internacional de su región en los últimos años, y que las autoridades internacionales han tenido que gobernar debido a la brutalidad e ineficacia del gobierno central hacia una minoría.⁴⁵

Bajo estas dos premisas, tres de los magistrados⁴⁶ que participan en el dictamen consultivo de la CIJ comprenden que Kosovo es un caso tipo de secesión como remedio, al ser la salida más favorable para el grupo la secesión unilateral, al peligrar gravemente sus derechos humanos y civiles. Estas manifestaciones claras a favor de presentar Kosovo como un caso de secesión como remedio se recogen en las siguientes opiniones separadas. Así, en opinión separada del Magistrado Simma, aunque la Corte no se pronuncie sobre el aspecto de la autodeterminación, considera que los kosovares como actores de la DUI hicieron referencia al principio de libre determinación fundado en las vulneraciones de los derechos humanos, lo que les otorga la protección de la doctrina internacional para llevar a cabo la secesión como remedio como grupo.⁴⁷

Del mismo modo en la opinión separada del Magistrado Cançado Trindade la declaración de independencia de Kosovo solo se puede considerar de forma apropiada analizada bajo la lupa de los complejos y trágicos antecedentes de hecho de la grave crisis humanitaria de Kosovo, que culmina con la aprobación de la Resolución 1244 (1999). Nos dice que por ello el derecho internacional se compromete con la calidad de vida de parte de la población y pone fin a la represión brutal que sufría el pueblo kosovar.⁴⁸ La crisis interna se internacionaliza y la intervención externa cobra sentido, siendo un caso de secesión como remedio.

También en la opinión separada del Magistrado Yusuf hay un derecho afirmativo que permite legitimar esta secesión unilateral, desde una concepción poscolonial. La violación de los derechos humanos supone abrir la puerta a la intervención internacional y saltarse el marco interno. Si las circunstancias excepcionales del caso examinado lo permiten, el grupo que declara la independencia unilateral puede ser respaldado por el derecho internacional, y la pretensión de autodeterminación así defendida ser válida y legítima.⁴⁹

Además de la opinión separada de estos tres magistrados que participaron en la Opinión consultiva, y que responden desde una perspectiva que la CIJ deja al margen, tal

⁴⁵ Sterio, M. (2013): *The right to self-determination under international law: "selfitans, secession, and the rule of the great powers"*, London: Routledge, p. 61.

⁴⁶ Votaron a favor de la no prohibición de la DUI de Kosovo desde el Derecho Internacional.

⁴⁷ Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice. 180. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory opinion of 22 July 2010, *óp. cit.*, p. 23.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 33.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 38.

y como comentamos anteriormente, la mayoría de la doctrina también confirma la DUI de Kosovo legítima bajo el prisma de la secesión como remedio, apoyándose en el dictamen de la CIJ de manera incompleta.

Afirman que en casos como el de Kosovo la comunidad internacional entiende que los crímenes contra la población albanesa en dicha región habían desembocado en una situación irreconciliable. Como última solución, la que finalmente se adoptó fue admitir la secesión unilateral como forma de garantizar la protección a los derechos humanos, y así resolver una situación que no encontraba otra salida. Para ello, se materializa el derecho de autodeterminación de ese grupo de la única forma posible que pueden, mediante la secesión unilateral a través de la DUI, dado que la integración con una autonomía en Serbia no era posible, y el marco interno no permitía la secesión pactada.⁵⁰

Por tanto, la doctrina se apoya en las líneas marcadas por la CIJ (que no traza de ningún modo) en su Opinión consultiva sobre Kosovo, y reafirman que no existe una norma de derecho internacional que impida practicar casos de secesión como remedio, y que serán los estados los que establecerán mediante la práctica la secesión como remedio en la comunidad internacional.⁵¹

Esta conclusión, basada en el conjunto vacío que deja la Corte cuando omite relacionar Kosovo con la secesión como remedio es, cuando menos, equívoca,⁵² ya que otorga la decisión a la comunidad internacional de considerar si una secesión unilateral recae bajo la secesión como remedio y no se aplica el marco interno. Con la excusa de que la Opinión consultiva traza una línea afirmativa en defensa de los derechos humanos, en realidad el dictamen de la CIJ no se manifiesta en este sentido, permite la secesión unilateral en casos extremos y la justifica con la complacencia de la comunidad internacional.

Pero ¿sería posible reivindicar la vulneración de los derechos de la minoría albanesa cuando estaba bajo un gobierno provisional estable, que iba a producir un cambio de régimen tras celebrar unas elecciones democráticas? Tras ocho años, donde hubo importantes avances en el diálogo con el nuevo gobierno serbio, que era eficiente y estaba dispuesto a otorgar distintas concesiones a la región albanesa de acuerdo con el marco interno, parece difícil justificar esta reivindicación. En el momento en el que se declaró la independencia, no se podía argumentar que era necesario detener los actos de opresión. Puede ser que el recuerdo de la represión brutal excluyese la posibilidad de una nueva autonomía para Kosovo y la restauración pacífica de la autoridad serbia⁵³, pero esto parece más una cuestión política que una defensa a ultranza de las minorías.

Incluso si hubo represión durante estos años, justo antes de la secesión unilateral algunos estados no consideraban que la respuesta desde la comunidad internacional fuese fomentar el castigo a la región opresora en forma de conceder una autonomía no contemplada en el marco interno y la consecuente pérdida de territorio.⁵⁴

El caso Kosovo defendido desde la secesión como remedio hace preguntarse qué se entendió por violación grave de los derechos humanos y cuál fue el periodo de tiempo

⁵⁰ Martínez, A. (2015): *óp. cit.*, p. 276.

⁵¹ Martínez, A. (2015): *óp. cit.*, p. 278.

⁵² Sanz, C. (2017): *El derecho de autodeterminación: constitución y normas internacionales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, p.247.

⁵³ Summers, J. (2014): "Kosovo" en Walter, C., Von Ungern-Sternberg A., Abushov, K., (ed.): *Self-determination and secession in international law*, Oxford: Oxford University Press, p. 251.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 252.

considerable bajo el que se ejerció esta opresión y por parte de quién. Además, es problemático considerar que la secesión unilateral era la única solución al problema, si los principales actores se estaban encaminando hacia un final que no consistiera en la ruptura total con el marco constitucional. Estas dudas suscitaron la mayor parte de desacuerdos entre estados que reconocieron a Kosovo como región soberana e independiente, que se apoyan en una doctrina internacional que no parece encajar del todo en este caso.⁵⁵

Por todo esto, hay autores que no comparten esta secesión unilateral y presentan unas motivaciones políticas, más que jurídicas, como las verdaderas razones para aceptar el caso Kosovo. Así, resultó grave plantear una secesión unilateral en 2008 contra un régimen democrático en Serbia, respetuoso con los derechos de todos los ciudadanos, y consciente y preparado para dotar a Kosovo de la más extensa autonomía.⁵⁶ El precedente de Kosovo que rompe la integridad territorial serbia y reorganiza sus fronteras desde un grupo minoritario es aceptado por la mayoría de los estados de la comunidad internacional, y la única razón posible es comprender este hecho bajo una represión a las minorías en el pasado, encuadrándose no bajo el caso de la secesión como remedio, sino bajo el contexto de la secesión como castigo.

Además, la secesión como castigo no ha sido la práctica de la comunidad internacional en otros estados en los que había aspiraciones secesionistas y violaciones flagrantes de derechos humanos. Por ejemplo, no fue el caso en lugares como Macedonia o Bosnia-Herzegovina, tampoco fomentar la secesión fue la respuesta de la comunidad internacional, como en Timor Oriental, sino que se intentan establecer procesos de diálogo entre las partes que contemplen una solución pacífica, como Etiopía-Eritrea. En la mayoría de los casos, como en el Tíbet, Palestina o Sáhara Occidental ni siquiera se busca una solución rápida, sino que son conflictos que permanecen en el tiempo. Por último, en la mayoría de las ocasiones se ha intentado defender la integridad territorial y la autoridad central para evitar el reconocimiento de nuevos estados, como en los casos de Abjasia y Osetia del Sur, que respaldaron en un primer momento el marco interno de Georgia.⁵⁷

Tras esta mención a casos tan diversos se ve como la DUI nunca fue la solución, menos aún una independencia aceptada por la CIJ y por la comunidad internacional. La secesión unilateral no ha sido acogida como la mejor respuesta a casos de violaciones de derechos humanos o a una falta de acuerdo entre regiones y la autoridad central en los casos mencionados. Además, en el caso que he expuesto, Kosovo no era una colonia y estaba gobernada por una autoridad provisional que estaba buscando una respuesta estable a un problema regional, por lo que la represión no tenía lugar en el momento de la DUI. Entonces, ¿por qué el afán de presentar Kosovo como un caso tipo de secesión legítima bajo la doctrina internacional? Si bien la CIJ no se pronuncia sobre el caso Kosovo en estos términos, ¿por qué interesa encajarlo en este contexto?

Para Milena Sterio hay una respuesta política clara a estas cuestiones defendidas desde razonamientos jurídicos. Para ella la verdadera razón en aceptar Kosovo como estado soberano está en lo que define como “The Rule of the Great Powers”.⁵⁸ Si las

⁵⁵ *Ibid.*, p. 253.

⁵⁶ Mangas, A. (2011): “The European Union and Kosovo: A Planned Secession”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 63, p. 109.

⁵⁷ Mangas, A. (2011): *óp. cit.*, p. 110.

⁵⁸ Sterio, M. (2013): *óp. cit.* pp. 57-72.

grandes potencias, los estados concebidos por la comunidad internacional como más importantes están de acuerdo en que Kosovo debe ser independiente, entonces se argumenta que la secesión unilateral es una buena solución y el final más correcto.⁵⁹

En este apartado se demuestra que Kosovo no es un ejemplo claro de secesión legítima. Siendo coherentes opino que es un caso excepcional y especial⁶⁰ por las razones mencionadas y la verdadera causa para ubicarlo en un caso tipo que ejerce el derecho de autodeterminación, cuando la CIJ no se manifiesta a favor en este sentido, serán unas razones políticas que desconozco pero que tratan de organizar la comunidad internacional en función de unos intereses.

Una vez considero que la secesión unilateral de Kosovo no puede ampararse bajo la secesión como remedio, examino el caso de Cataluña a partir de la DUI. Se comprueba si no puede encajar en esta doctrina, o, por el contrario, con otra interpretación podría la DUI ser el inicio de un proceso secesionista legítimo con repercusiones en la comunidad internacional.

3.2. Caso Cataluña desde la secesión como remedio.

En primer lugar, siguiendo con el principio de autodeterminación expuesto hay que declarar que Cataluña no es una colonia de España, ni nunca lo ha sido. Por lo que no se puede aplicar el derecho de autodeterminación en un contexto de descolonización.⁶¹

Si descartamos este primer supuesto hay que continuar examinando los distintos escenarios en los que se podría considerar una secesión legítima. En segundo lugar, en el caso estudiado se establece que declaran la independencia unilateralmente lo que encamina al grupo nacionalista catalán a un proceso secesionista ilegítimo.

Además, en dicha declaración se pretende tener como modelo la DUI albano kosovar, con la que buscan un reconocimiento internacional que no impida esta secesión unilateral, sino que sea aceptable y aceptada, ya ofreciendo como precedente el dictamen de la CIJ, lo que les otorgaría en teoría una posición beneficiosa. Los autores que apoyan la secesión unilateral consideran la DUI como el paso necesario para poner de manifiesto que el caso catalán sigue unas pautas dictadas por la comunidad internacional, que pudiera respaldarles en la defensa de su opción secesionista.⁶²

Se intenta a través de la DUI que la independencia de Cataluña sea favorable bajo el supuesto de la secesión como remedio. Analizando los sucesos ocurridos los días que precedieron a la DUI y la situación de Cataluña no se puede concluir que los derechos civiles de la minoría catalana estaban siendo vulnerados⁶³, ni que la autoridad del estado español estaba actuando de manera brutal o represiva sistemáticamente durante un

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 69.

⁶⁰ Vidmar, J. (2012): “Conceptualizing Declarations of Independence in International Law.” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, Núm. 1, pp. 153–177.

⁶¹ Elliot, J. (2018): *Catalanes y escoceses: unión y discordia*. Barcelona: Taurus.

⁶² Bossacoma, P. (2015): *Justicia i legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional de Catalunya*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, pp. 236-240.

⁶³ Torroja, H. (2019): *The self-determination of peoples vs human rights in liberal democracies: the case of Catalonia*, epígrafe 2.3, párrafo cuarto, disponible en :

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari99-2019-torroja-self-determination-of-peoples-vs-human-rights-in-liberal-democracies-the-case-of-catalonia [consultado el 9 de enero de 2020]

periodo de tiempo considerable.⁶⁴ Los requisitos aceptados por la comunidad internacional para considerar el caso catalán dentro de una violación de los derechos humanos de las minorías tampoco pueden cumplirse efectivamente, al margen de la propaganda.

Los intentos de exponer esta falta de respeto hacia los derechos fundamentales del grupo catalán que tengan trascendencia en el marco internacional han sido numerosos. La mayoría están contenidos en el relato del agravio. Esto iría encaminado a que la comunidad internacional haga relevante un problema interno e intervenga. Como se expuso anteriormente la internacionalización de la secesión junto a cuestionar la autoridad central, presentando a un gobierno débil, son pasos relevantes para forjar un proceso secesionista legítimo, que tenga cabida en la doctrina de la secesión como remedio.

Se puede creer que no es necesario aludir a una violencia extrema contra las minorías, si el recuerdo de esta en otros casos ha bastado para aceptar la secesión unilateral. Se intenta a través de distintos contextos, como la lengua, la democracia, la educación, la justicia o la economía fabricar un relato coherente y creíble que induzca a pensar a la comunidad internacional que los derechos humanos de un grupo están siendo vulnerados, por lo que no deberían respetar el marco constitucional del estado opresor. Dado que no están inmersos en un conflicto bélico de la envergadura de Kosovo,⁶⁵ se crean utilizando los medios a su alcance situaciones extremas que hagan necesaria la presencia internacional, lo que en el primer apartado se configura como el relato del agravio consolidado a través del *procés*.

En principio, no es posible conocer qué nivel de afrenta debe alcanzar la vulneración del derecho para que se fije en él la comunidad internacional. En última instancia, serían los “grandes poderes” los que decidieran que solución política otorgarle al conflicto territorial, ya que no atenderían a los razonamientos jurídicos existentes. Por lo que sería impredecible ponderar que estos sucesos, en apariencia irrelevantes comparados con otros casos, encajaran conforme a una interpretación adecuada en la secesión como remedio. Así que cualquier argumento que manifieste que hay una minoría oprimida en Cataluña por una autoridad central que no reconoce su autonomía será bienvenido para el *procés*, y fomentaría que una secesión unilateral pueda alcanzar dimensión internacional.

Dentro de esta vulneración de derechos el nacionalismo independentista catalán ha incidido en la teoría del expolio,⁶⁶ la vertiente económica del *procés*, bajo la premisa “*Espanya ens roba*”. Se repite en numerosas ocasiones la cuestión económica como agravio comparativo y vulneración de su autonomía esgrimiendo cifras⁶⁷ que han sido compartidas en organismos internacionales. Al margen de que la cuestión pueda resultar irrisoria⁶⁸ o improcedente si estamos buscando elementos que hagan factible la secesión como remedio desde la DUI, no estaría de más recordar que la diferencia económica entre regiones y la justicia distributiva está contemplada por Allen Buchanan como causa para

⁶⁴ Arenas, R. (2018): “El *procés*, un intento de secesión de hecho”, en Coll, J., Molina, I. y Maldonado, M. (ed.): *Anatomía del procés*. Barcelona: Debate, pp. 67-88.

⁶⁵ Bassets, L. (2018): “Los maestros narradores del independentismo”, *óp. cit.*, pp. 159-179.

⁶⁶ Llorach, J. (2018): “El relato del expolio: el triunfo de Junqueras”, *óp. cit.*, pp. 89-116.

⁶⁷ VV.AA. (2013): *Claves sobre la independencia de Cataluña*, Barcelona: Editorial Comanegra, pp. 71-90; Vidal-Folch, X. (2013): *¿Cataluña independiente?*, Madrid: Los Libros de la Catarata, pp.60-67.

⁶⁸ Borrel, J. y Llorach, J. (2015): *Las cuentas y los cuentos de la independencia*, Madrid: Los Libros De La Catarata.

la secesión, aunque no la considera legítima.⁶⁹ El argumento de la redistribución de la riqueza entre las distintas regiones como agravio que minusvalore derechos también se ha defendido por parte de otras regiones europeas, como el caso de Baviera en Alemania o Véneto en Italia.⁷⁰ Es importante reseñar que la cuestión económica ha sido importante a lo largo del *procés*, desde 2010, y su pretendida financiación declarada inconstitucional por el TC, por lo que este punto es un argumento fuerte desde el nacionalismo catalán para expresar una represión por parte de la autoridad central que no les permita un pleno desarrollo económico. Dentro de la lógica secesionista este agravio fiscal es otro elemento que les hace meritorios de encajar su caso bajo la secesión como remedio.

Repasando el caso catalán se concluye que no encaja bajo la doctrina internacional de la secesión como remedio, por lo que la pretendida ruptura con el marco constitucional al considerar que no posee autoridad sobre el grupo no sería posible. Entiendo que presentar la DUI como gran paso para acercar el conflicto a la comunidad internacional y exponer la vulneración de derechos civiles de la minoría catalana por parte del Estado español no da el resultado esperado. Este sería transformar la secesión unilateral en un proceso secesionista legítimo. Dado que no se reconoce ni desde el marco constitucional interno ni desde la vertiente internacional habría que esperar a la solución política que recibe el *procés*.

4. Conclusiones.

A lo largo de estas páginas se han presentado situaciones parecidas que intentaron romper el orden constitucional vigente, aunque con distinto resultado. La proclamación de la DUI por parte de la Asamblea de Kosovo goza del respaldo internacional al recordar la vulneración de los derechos humanos que sufrió su población por parte de Serbia. Que este argumento no sea validado por la Corte para defender que la DUI no estaba prohibida por el derecho internacional no le resta importancia. No pronunciarse sobre lo que significa una grave y reiterada violación de los derechos de las minorías que permita la secesión como remedio abre la puerta a que otros grupos nacionalistas tomen esta vía como referencia.

Así, la DUI del *Parlament* de Cataluña buscaba la secesión como remedio presentándose ante la comunidad internacional como una región oprimida por España, cuyos últimos actos, los sucesos del 1 de octubre se mostraron como verdaderas muestras de terror y represión por parte de la autoridad central. Esto da lugar a la culminación del *procés* y a una completa internalización de la secesión ilegítima de Cataluña al no contemplarse desde el derecho constitucional. Conseguir la secesión con el apoyo de la comunidad internacional era el fin último del *procés*. Si bien la DUI no ha sido efectiva ni ha contado con ningún apoyo, es otro hito en la revisión de la cuestión catalana y en la hoja de ruta nacionalista que quiere presentar un problema interno bajo el marco constitucional español como una cuestión internacional que incumbe en gran medida a Europa.

Que ambas DUI hayan sido comparadas y parecidas desde la identidad de sus autores y la forma en la que se efectuaron pone de relieve el modelo a seguir de los grupos nacionalistas catalanes, Kosovo, Eslovenia o Montenegro; regiones donde la violencia consiguió que el proceso de secesión captara la atención internacional, y se buscara una solución política al problema que implicara a múltiples sujetos. Esta solución política en

⁶⁹ Buchanan, A. (2013): *óp. cit.*, pp. 189-203.

⁷⁰ Beltrán, M. (2019): *Myths and Realities of Secessionisms. A Constitutional Approach to the Catalanian Crisis*, Suiza: Palgrave Macmillan, pp. 60-62.

la que intervengan otros estados es lo que se intentó con la DUI catalana. La respuesta política es la única que puede esperar el independentismo catalán ya sea por parte de España o de la comunidad internacional. Como se ha puesto de manifiesto en este artículo, su proyecto de secesión legítima a partir de la DUI no está amparado por el derecho interno español ni por el derecho internacional.

Bibliografía.

- BELTRÁN, M. (2019): *Myths and Realities of Secessionisms. A Constitutional Approach to the Catalanian Crisis*. Suiza: Palgrave Macmillan.
- BORREL, J. y LLORACH, J. (2015): *Las cuentas y los cuentos de la independencia*. Madrid: Los Libros De La Catarata.
- BOSSACOMA, P. (2015): *Justícia i legalitat de la secessió. Una teoria de l'autodeterminació nacional des de Catalunya*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms,
- BOSSACOMA, P. (2017): *Secesión e integración en la Unión Europea. Cataluña ¿nuevo Estado de la Unión?* Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis d'Autogovern.
- BUCHANAN, A. (2013): *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*. Barcelona: Ariel.
- BUCHHEIT, L.C. (1978): *Secession: the legitimacy of self-determination*. New Haven: Yale University Press.
- CARDONA, J. (2011): "La relevancia (o no) de la administración internacional de Kosovo en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010: perplejidades de un lector," *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 63, pp. 79-100.
- COLL, J., MOLINA, I. y ARIAS, M. (ed.) (2018): *Anatomía del procés*. Barcelona: Debate.
- DE MIGUEL, J. (2016): "Manual para construir un estado (Los informes del Consejo Asesor para la Transición Nacional de Cataluña)", *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 37, pp. 499-527.
- ELLIOTT, J. (2018): *Catalanes y escoceses: unión y discordia*. Barcelona: Taurus.
- HALJAN, D. (2014): *Constitutionalising secession*. Oxford: Hart Publications.
- KNOP, K. (2002): *Diversity and Self-Determination in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- LÓPEZ-BASAGUREN, A. (2016): “Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El procés a la luz de la experiencia comparada”. *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 37, pp. 163-185.
- MANGAS, A. (2011): “The European Union and Kosovo: A Planned Secession”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. 63, pp. 101-123.
- MARTÍNEZ, A. (2015): *El derecho de autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RODRÍGUEZ, Á. (2019): “Moving towards independence - breach ing the law: selfdetermination and secession in Catalonia”, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Vol. XVII, pp. 343-372.
- SANZ, C. (2017): *El derecho de autodeterminación: constitución y normas internacionales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SOROETA, J. (2018) “Quo Vadis Cataluña? La unilateralidad, un viaje de corto recorrido”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Núm. 34, pp. 323-342.
- STERIO, M. (2013): *The right to self-determination under international law: “selfitans, secession, and the rule of the great Powers.”* London: Routledge.
- SUNSTEIN, C. (1991): “Constitutionalism and Secession.” Chicago: *University of Chicago Law Review*, Núm. 58, pp. 633-670.
- TORROJA, H. (2019): *The self-determination of peoples vs human rights in liberal democracies: the case of Catalonia*, disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/ari99-2019-torroja-self-determination-of-peoples-vs-human-rights-in-liberal-democracies-the-case-of-catalonia
- V.V. A.A. (2014): *Libro Blanco de la Transición de Cataluña*. Barcelona: Generalitat Catalunya. Departamento de Presidencia.
- VV.AA. (2013): *Claves sobre la independencia de Cataluña*. Barcelona: Editorial Comanegra.
- VIDAL-FOLCH, X. (2013): *¿Cataluña independiente?* Madrid: Los Libros De La Catarata.
- VIDMAR, J. (2011): “The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized”, *Leiden Journal of International Law*, Núm. 24, pp. 355-383.
- VIDMAR, J. (2012): “Conceptualizing Declarations of Independence in International Law.” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, Núm. 1, pp. 153–177.

- WALTER, C., VON UNGERN-STERNBERG, A., ABUSHOV, K. (ed.) (2014): *Self-determination and secession in international law*. Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia.

- International Court of Justice. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010 I.C.J. 404 (July 22). Disponible en:

<https://www.icj-cij.org/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>

- Summaries of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice. 180. Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in respect of Kosovo. Advisory opinion of 22 July 2010

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO Y ENAJENACIÓN A TERCERO¹

Retention of title agreement and alienation to a third party

Recibido: 28 de agosto de 2019
Aceptado: 26 de noviembre de 2019

Alejandro Aragón París
Becario de iniciación a la investigación del
I Plan Propio de Investigación y Transferencia UMA
alearapar4b@gmail.com
Universidad de Málaga

RESUMEN

El pacto de reserva de dominio constituye uno de los métodos más antiguos de garantía para el aseguramiento del pago total del precio por el deudor. Es una figura en auge y con notable presencia debido a la generalización de las compraventas con precio aplazado y, pese a ello, las referencias legales son escasas. Uno de los mayores inconvenientes que han surgido sobre esta figura ha sido concretar las facultades de disposición sobre el bien objeto de reserva de dominio cuando no se ha completado el pago del precio y, consecuentemente, no es pacífico en la doctrina delimitar su eficacia frente a terceros adquirentes. Por ello, es imprescindible realizar un análisis de las distintas situaciones en que se enajena un bien sobre el cual se pactó una reserva de dominio y, determinar, si tal figura afecta o no al tercer adquirente.

PALABRAS CLAVES

Reserva de dominio, condición suspensiva, enajenación a tercero, venta de cosa ajena, doble venta, bien mueble, bien inmueble.

ABSTRACT

The retention of title agreement is one of the oldest methods of guarantee for the assurance of the total payment of the price by the debtor. It is a booming figure with a remarkable presence due to the generalization of sales with postponed price and, despite this, the legal references are scarce. One of the major drawbacks that has arisen over this figure has been to specify the powers of disposition on the object of retention of title when the total price has not been fulfilled and, consequently, it is not peaceful in doctrine to delimit its effectiveness against third parties. It is therefore essential to carry out an analysis of the different situations in where an asset over which retention of title was agreed and determine whether or not such a figure affects the third party acquirer.

KEYWORDS

Retention of title, condition precedent, alienation to third party, sale of another's property, double sale, movable property, immovable property.

¹ Este artículo tiene su origen en el Trabajo Fin de Grado correspondiente al Grado en Derecho de la Universidad de Málaga realizado por el autor en el curso 2018/2019, bajo la dirección del profesor Bruno Rodríguez-Rosado, que obtuvo tras su defensa ante el Tribunal la máxima calificación de Matrícula de Honor. Su posterior reelaboración de cara a su publicación se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-77053-P, del que son investigadores principales los profesores Rocío Caro Gándara y Bruno Rodríguez-Rosado. Mis más sinceros agradecimientos a la Universidad de Málaga y a los mencionados profesores por la ayuda y confianza depositada en mí.

Sumario: 1. Introducción. 2. Construcciones doctrinales sobre el pacto de reserva de dominio. 2.1. Teoría clásica. 2.2. Teoría de la condición resolutoria. 2.3. Tesis de la prenda o tesis Bercovitz. 3. Toma de postura: la teoría clásica o condición suspensiva. 3.1. Argumentos a favor de la teoría clásica. 3.2. Críticas a la teoría clásica. 4. Enajenación por el comprador en caso de pacto de reserva de dominio mobiliaria inscrita por la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. 5. Enajenación por el comprador en caso de reserva de dominio mobiliaria no inscrita en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. 5.1. Negocios no inscritos en el Registro de Bienes Muebles por voluntad de las partes. 5.2. Negocios excluidos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles o ajenos a su aplicación. 6. Enajenación por el comprador en caso de reserva de dominio inmobiliaria. 6.1. Reserva de dominio inscrita en el Registro de la Propiedad. 6.2. Reserva de dominio no inscrita en el Registro de la Propiedad. 6.2.1. Tesis dualista. 6.2.2. Tesis monista. 7. Enajenación por el vendedor en caso de pacto de reserva de dominio mobiliaria inscrita por la LVPBM. 8. Enajenación por el vendedor en caso de reserva de dominio mobiliaria no inscrita. 8.1. Negocios no inscritos en el Registro de Bienes Muebles por voluntad de las partes. 8.2. Negocios excluidos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles o ajenos a su aplicación. 9. Enajenación por el vendedor en caso de reserva de dominio inmobiliaria. 9.1. Reserva de dominio inscrita en el Registro de la Propiedad. 9.2. Reserva de dominio no inscrita en el Registro de la Propiedad. 10. Consideraciones finales y conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción.

Cuando se habla de garantías sobre bienes muebles se repite entre los profesionales del Derecho lo siguiente: “*constituye la más enérgica y rápida tutela de los derechos del vendedor*”, se refiere, simplemente, al llamado pacto de reserva de dominio. Mediante esta obra se pretende, por un lado, esclarecer ciertas nociones fundamentales de una figura tan controvertida como es la reserva de dominio, donde simplemente ya acerca de su naturaleza jurídica hay una profunda división doctrinal; de otro, sentar la eficacia u oponibilidad de tal pacto hacia terceros adquirentes en distintas situaciones que pueden propiciarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La elección del pacto de reserva de dominio como eje central de nuestro estudio se debe a diversas razones como puede ser la práctica generalización de las ventas a plazos. Es en este escenario donde el vendedor pretenda emplear algún mecanismo que le permita garantizar el cobro del precio a fin de no quedar en una situación de desprotección. Pues bien, uno de estos mecanismos es la reserva de dominio, pese a la existencia de los derechos reales de garantía –en especial la hipoteca para bienes inmuebles puesta en tela de juicio y debate en los últimos años-. Debe precisarse que la citada cláusula de reserva de dominio muestra una aparición frecuente tratándose de contratos relativos a bienes muebles, en contraposición con los bienes inmuebles.

Independientemente de cual sea el medio de garantía por el que se opte, es innegable que la reserva de dominio *a priori* manifiesta aspectos que deben ser tenidos en cuenta. En síntesis, a través de esta figura ambos intereses, los de vendedor y comprador, se aseguran: el primero mantiene la propiedad del bien –según la teoría por la que se opte– al mismo tiempo que el comprador adquiere la posesión, el goce y disfrute de la misma, inclusive, para el caso de no completarse el precio podrá aquél reivindicar su propiedad o exigir el pago. Se anuncia, en definitiva, la entrada que daba apertura a este trabajo y es

que el pacto de reserva de dominio sobre bienes muebles “*constituye la más enérgica y rápida tutela de los derechos del vendedor*”².

Por otra parte, no debe dejar de atenderse la situación tan especial en la que quedan los intervinientes respecto del bien. A propósito, dictamina el Tribunal Supremo “*La reserva de dominio da lugar a la coexistencia temporal sobre el mismo objeto de dos posiciones jurídico-reales de tipo dominical que son simultáneas, compatibles y recíprocamente recortadas en su contenido: la del vendedor y la del comprador*”³. Tal es la afirmación que los estudiosos del asunto han carecido de concreción a la hora de delimitar el tipo de propiedad o posesión en que quedan las partes, llegándose a decir entre la doctrina, por ejemplo, que el comprador quedaba en una situación posesoria *sui generis*⁴. Como se puede imaginar este hecho ha propiciado todo un abanico de posturas doctrinales, incluso más complejo en lo referido a las facultades sobre la cosa de ambos.

Partiendo de este punto de partida tan anómalo y dividido en la doctrina respecto de las facultades que ambas partes ostentan sobre el bien, resulta conveniente dilucidar la eficacia de la reserva de dominio sobre las enajenaciones –tanto del vendedor como del comprador– a terceros, en palabras más llanas, concretar si el bien puede ser transmitido a otro sujeto antes de pagarse el precio o de que se resuelva el contrato. Lo anterior ha obligado en este análisis a exponer las diversas interpretaciones que recaen sobre puntos muy candentes y discutidos entre los civilistas e hipotecaristas, tales como los artículos 464, 1124, 1295 o 1473 del Código Civil o los polémicos artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros. Se trata, entonces, de hacer una exposición del significado que tales preceptos pueden acoger, puesto que, en función del significado que se les otorgue, veremos si nos situamos o no ante adquisiciones protegidas e irrevindicables. Todo lo dicho nos permitirá, en última instancia, deducir si el pacto de reserva de dominio es oponible frente a terceros o si éstos quedan protegidos en su adquisición.

En definitiva, se aspira a alcanzar un poco de claridad en todo este panorama tan confuso y fragmentado, es decir, en clarificar cuales son los límites de la eficacia de la reserva de dominio o, por el contrario, cuales son aquellos impedimentos aparentes sobre los cuales esta figura puede imponerse e impedir que tenga lugar un segundo negocio traslativo sobre el mismo bien.

2. Construcciones doctrinales sobre el pacto de reserva de dominio.

Comenzando nuestro trabajo debe aclararse que hace ya tiempo que sobre la validez del pacto de reserva de dominio existe, entre doctrina y jurisprudencia, un acuerdo prácticamente unánime en cuanto a su admisibilidad⁵ a raíz del principio de la autonomía de la voluntad, promulgado en el artículo 1255 Cc. No obstante, no ocurre lo mismo en lo que respecta a su naturaleza jurídica, donde han surgido diversas teorías en la doctrina sin alcanzar una postura común. Decantarse por una u otra como la correcta es una cuestión trascendental, en la medida que ello va a condicionar aspectos muy significativos sobre tal institución. Por consiguiente, debe comenzarse el objeto de este estudio

² RDGRN de 28 de noviembre de 2017. (Propiedad) (RJ 2017/5680)

³ STS de 24 de julio de 2012 (RJ 2012/9334).

⁴ PINO ABAD, M. (2015), “La cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado”, en Morillas Jarillo, M. J.; Perales Viscasillas, M. y otros (dirs.): *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1720-1739. p. 1731.

⁵ STS de 10 de junio de 1958 (RJ 1958\2142), STS de 11 de julio de 1983 (RJ 1983\4208) y STS de 19 de mayo de 1989 (RJ 1989\3778).

recogiendo la naturaleza de la reserva de dominio que protege cada posición doctrinal: la tesis clásica, la tesis de la condición resolutoria y la tesis de la prenda.

2.1. Teoría clásica.

La llamada tesis clásica o de la condición suspensiva es la que más apoyo y reconocimiento ha encontrado en la doctrina y jurisprudencia. Según esta teoría, a través del pacto de reserva de dominio, el vendedor mantiene la propiedad de la cosa hasta el completo pago del precio por parte del comprador. Una vez que se haya cumplido con el precio, será propietario el comprador.

Sucede entonces que se trata de una condición suspensiva consistente en el abono de la totalidad del precio por la cual, en virtud de la voluntad común de ambas partes, se paraliza o suspende el efecto traslativo de la propiedad. Es importante resaltar que la compraventa en cuestión está perfeccionada, la condición solamente afecta al traspaso de la propiedad, es decir, a su consumación. Esto supone una excepción a la regla general de la teoría del título y modo contenida en el artículo 609 Cc⁶. Entre los defensores de esta doctrina encontramos a MIQUEL GONZÁLEZ o ESPEJO.

2.2. Teoría de la condición resolutoria.

La parte de la doctrina que apoya esta posición entiende que la reserva de dominio funciona como condición resolutoria. Así pues, el pacto de reserva de dominio sería la condición resolutoria mediante la cual la propiedad quedará revocada *ex tunc* si el comprador no cumple con su obligación de pagar el total del precio.

Dicho esto, lo característico de esta construcción es que sí llega a existir una transmisión de la propiedad mediante la teoría del título y modo y, consecuentemente, el comprador es nuevo propietario de la cosa desde la celebración del contrato y entrega de la cosa, si bien sometida a condición. Ello permite que para el caso de incumplimiento el vendedor pueda recuperar la propiedad. Encontramos autores como DÍEZ-PICAZO y PEÑA que defienden esta postura.

2.3. Tesis de la prenda o tesis Bercovitz.

Finalmente, de acuerdo a la tesis de la prenda se sostiene que la reserva de dominio vendría a funcionar como un derecho real de garantía consistente en una prenda sin desplazamiento o un derecho de hipoteca, según recaiga sobre bienes muebles o inmuebles respectivamente. En relación a los bienes muebles se señalaría que la reserva de dominio “*se reduce, al igual que el derecho de prenda, a garantizar el pago del precio por parte del comprador, por lo que no hay razón para concederle mayor eficacia que a éste, de modo que sólo puede ser considerado, pese a su denominación, como un derecho real asimilable a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de la posesión. En consecuencia, en las compraventas a plazos de bienes muebles con pacto de reserva de dominio el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el mismo momento de la entrega y el vendedor o, en su caso, el financiador sólo se «reservan el dominio» a modo y a título de garantía sobre cosa ajena*”⁷. Como principal apoyo e impulsor de este planteamiento aparece BERCOVITZ con seguidores como RIVERA FERNÁNDEZ.

⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006), *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*. Navarra: Civitas. p. 55.

⁷ PINO ABAD, M. “La cláusula de reserva de dominio...” Op. cit., p. 1727.

3. Toma de postura: la teoría clásica o condición suspensiva.

En el presente apartado únicamente nos vamos a centrar en las principales críticas y apoyos que ha encontrado la tesis clásica por ser la más seguida entre la doctrina y jurisprudencia y la que también a mi juicio es más correcta. Una vez expuestos serán materia de análisis, por constituir el objeto de este estudio, los principales problemas que surgen cuando la cosa en cuestión es transmitida a tercero, tanto por el vendedor como por el comprador, cuando se ha pactado una cláusula de reserva de dominio.

3.1. Argumentos a favor de la teoría clásica.

Los apoyos a esta teoría son varios. Primero, cabe aludir a algo tan básico como es su propia denominación “pacto de reserva de dominio” por lo que sin tener que acudir a otra serie de ideas más complejas éste debe concebirse como aquella cláusula por la cual el vendedor sigue manteniendo la propiedad de la cosa objeto del negocio. Esta parece ser la voluntad real de las partes y no debe confundirse⁸.

Y segundo, a mi entender, según esta construcción el pacto de reserva de dominio supone un pacto coherente con los contratos en que se aplaza el precio, pues si el comprador no cumple con su obligación no existe razón de por qué debería hacerlo el vendedor. Al respecto surgen críticas a las que se tratará de dar respuesta más adelante.

Con todo, se aprecian igualmente algunas alusiones legales que apoyan la naturaleza del pacto de reserva de dominio que se explica. Muchas se encuentran en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles como es el artículo 16.3 y en la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles artículos 4. c), 11.8ª o 24 III. También es, por ejemplo, el caso de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en cuyo artículo 10 establece que *“En las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes [...]”*.

Otros ejemplos son la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que le otorga igualmente tal carácter al pacto de reserva de dominio en su artículo 2. 9) o 9; el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil que, pese a no estar aprobado, favorece del mismo modo la interpretación de la tesis clásica de la reserva de dominio en su artículo 512-12 2; o también en el Derecho Foral Navarro se parte de la tesis clásica, concretamente en la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra.

Por último, como adelantábamos, ha sido la más acogida por la jurisprudencia: en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1934 ya afirmaba que el pacto de reserva de dominio *“consiste en una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio”*⁹.

Otro ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1982 que recogía lo siguiente: *“la validez del «pactum reservati dominii» y de su singular eficacia, de que mientras no sea abonado el precio en su totalidad, por acuerdo de las partes, no*

⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. “La reserva de dominio inmobiliaria...” Op. cit., p. 55.

⁹ STS de 15 de marzo de 1934 (RJ 1934/462).

se produce el traspaso de la propiedad al comprador, no obstante la entrega de la cosa vendida, dando lugar a una derogación convencional del art. 609, párr. 2.º, en relación con el 1461 y concordantes, ambos del C. Civ., pacto cuya validez y licitud ha venido proclamando la jurisprudencia desde fines del siglo pasado, en doctrina legal mantenida sin fisuras hasta el día de hoy, como configurador de una venta sometida a la condición suspensiva de que el comprador pague la integridad del precio, condición que una vez cumplida, lo que no consta en el caso ahora discutido, produce «ipso jure» la transferencia del dominio al comprador”¹⁰.

3.2. Críticas a la teoría clásica.

En contraste, encontramos también numerosas críticas que se han realizado a distintos puntos de su construcción. Desde mi punto de vista, gran parte de la determinación de la naturaleza del pacto de reserva de dominio como condición suspensiva casi puede llegar a justificarse simplemente por la carencia de peso en los argumentos que la critican y las propias soluciones que se dan desde esta teoría a las críticas. Todo ello hace, según mi planteamiento, que la utilización de otras posturas para explicar su naturaleza sea forzada y olviden la esencia de este pacto, su función de garantía y el sentido que tiene en los contratos en que se inserta. En cualquier caso, algunas de las objeciones surgidas son las siguientes a las que la doctrina ha tratado de dar respuesta.

En primer lugar, su consideración como un fraude de ley a la prohibición del pacto comisorio (artículos 1859 y 1884 Cc), pues para el caso de incumplimiento el vendedor adquiere, o mejor dicho conserva, la propiedad del bien vendido que sirve como garantía. No obstante, lo cierto es que la apropiación no se adquiere *ipso iure*, sino que se necesita la resolución del contrato de compraventa, la devolución de lo percibido (hechas las correspondientes minoraciones) y el ejercicio de las necesarias acciones dominicales para adquirir nuevamente la propiedad plena y no condicionada¹¹.

Cabe decir que precisamente contra esta solución han surgido críticas a la propia teoría, pues se pregunta la doctrina que si el vendedor sigue siendo propietario ¿Por qué debe resolver un contrato sobre una cosa que ya le pertenece? De hecho, en mi opinión, este mecanismo sería el correcto, pues no hay que olvidar que el comprador en todo caso adquiere un derecho expectante de propiedad y lo contrario, afirmar que la propiedad sin condiciones se adquiere o vuelve automáticamente en caso de impago, supondría una desprotección hacia el comprador.

Y en segundo lugar, como se dejó ver también se ha planteado la falta de equidad y que es excesivamente favorecedora de los intereses del vendedor en detrimento de los del comprador, crítica fácilmente refutable por lo siguiente. Recuerda MIQUEL GONZÁLEZ que los contratos sinalagmáticos requieren que las prestaciones se realicen de forma simultánea. Consecuencia lógica de ello es que, si se ha acordado un aplazamiento en el precio, el vendedor pueda, e incluso deba, conservar la propiedad para un correcto equilibrio en el negocio jurídico. Es por ello que este autor afirma que “*con el pacto de reserva de dominio se restablece la simultaneidad de las prestaciones en la medida correspondiente (pago total del precio- transmisión de la propiedad), por lo que el pacto es conforme con el específico sinalagma funcional, propio de la causa de este tipo de*

¹⁰ STS de 19 de octubre de 1982 (RJ 1982/5563).

¹¹ SÁEZ RUIZ, J. L. (2015), Tesis doctoral: *La reserva de dominio de bienes muebles*. p. 140.

compraventa”¹². En la misma línea viene PINO ABAD a ratificar el justo equilibrio de los derechos e intereses de comprador y vendedor en las compraventas con precio aplazado a partir de la reserva de dominio¹³.

A continuación se tratará de exponer en los siguientes apartados un examen de los preceptos aplicables y, en base a ellos, los efectos de la reserva de dominio frente a terceros adquirentes —ya sean del comprador o vendedor, a partir de la tesis clásica—, en distintos supuestos que pueden darse dentro del ordenamiento jurídico español.

4. Enajenación por el comprador en caso de pacto de reserva de dominio mobiliaria inscrita por la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

En este capítulo, que da comienzo a los distintos escenarios concretos, nos estamos refiriendo a aquellos supuestos en los que el comprador, sin haber completado el pago del precio, enajena a un tercero la cosa sobre la que recaía una reserva de dominio inscrita y que, consecuentemente, es propiedad del vendedor. Como puede apreciarse se trata de una venta de cosa ajena. En este planteamiento los efectos de esta figura son aporoblemáticos gracias, entre otros, al artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM) cuyo tenor que ahora interesa es el siguiente: “*Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. [...]*”.

El Registro al que se refiere el párrafo siguiente es el Registro de Venta a plazos que hoy día hace referencia al Registro de Bienes Muebles.

Igualmente, en esta línea se encuentra el artículo 4 c) IV de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (ORVPBM) que dispone “*El comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor o financiador, carece de legitimación dispositiva y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho. Tampoco podrán ser embargados dichos bienes por deudas del comprador, aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio*”. Sin embargo, consideramos que se trata de un precepto que contiene una solución demasiado rigurosa y debe ser matizada como se expondrá a continuación.

En síntesis, en este tipo de casos se opta por proteger al vendedor frente a la enajenación realizada por su comprador cuando la reserva de dominio estaba inscrita en el Registro de Bienes Muebles, es decir, la eficacia del pacto de reserva de dominio en estos casos es *erga omnes*¹⁴. Su propiedad, la del vendedor, queda asegurada una vez inscrito el pacto, dada su publicidad, de forma que ningún tercero pueda quedar protegido, en virtud del artículo 29 ORVPBM, contra sus acciones reivindicatorias. Así, la enajenación realizada por el comprador a un tercero en que se pretenda transmitir la propiedad plena va a ser nula de pleno derecho. No obstante, tal y como se adelantó, creemos que esta consecuencia que predica el artículo 4 c) de la ORVPBM es excesivamente amplia y que no debería haber obstáculo para que el comprador pudiera disponer de su derecho como tal sometido a condición¹⁵. En conclusión, en un negocio

¹² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2012), “La reserva de dominio”, en Bosch Capdevila, E. (dir.): *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Barcelona: Bosch. pp. 139-224. pp. 175 y ss.

¹³ Vid.: PINO ABAD, M. “La cláusula de reserva de dominio...” Op. cit., p. 1728.

¹⁴ RDGRN de 24 de enero de 2005 (Bienes muebles) (RJ 2005\1796).

¹⁵ En este sentido PINO ABAD, M. “La cláusula de reserva de dominio...” Op. cit., p. 1737.

traslativo de dominio lo único que podría transmitir el comprador al tercer adquirente sería una propiedad inestable y expectante del cumplimiento o no del pago del precio¹⁶.

5. Enajenación por el comprador en caso de reserva de dominio mobiliaria no inscrita en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Dentro de las enajenaciones realizadas por el comprador de un bien mueble sobre el que se fijó un pacto de reserva de dominio no inscrito deben distinguirse dos supuestos: primero, negocios no inscritos en el Registro de Bienes Muebles por voluntad de las partes; y segundo, negocios no inscritos en el mismo Registro por tratarse de supuestos excluidos o no sujetos a la LVPBM.

5.1. Negocios no inscritos en el Registro de Bienes Muebles por voluntad de las partes.

En lo que respecta a los primeros, negocios con reserva de dominio no inscritos en el Registro por quererlo así las partes, pero sujetos a la LVPBM, los efectos guardan relación con el supuesto anterior. No debe olvidarse el carácter imperativo que presenta la LVPBM¹⁷. Así pues, interpretando el artículo 15 *a sensu contrario*: si la reserva inscrita protegía al vendedor frente a las enajenaciones del comprador, la reserva no inscrita no le otorga ninguna protección, en principio, frente al subadquirente¹⁸.

No obstante, la cuestión no es tan simple cuando hay terceros de mala fe. MIQUEL GONZÁLEZ concluye en que el derecho del vendedor prevalece, pese a no estar inscrita la cláusula de reserva de dominio, frente al tercero de mala fe por considerar que en la falta de inscripción rige el artículo 1124 IV Cc. Este precepto hace una remisión al artículo 1295 Cc, el cual únicamente protege a terceros que procedan de buena fe¹⁹.

En mi opinión, el hecho de que las partes únicamente no hayan querido inscribir el pacto en el Registro de Bienes Muebles no excluye la aplicación de la LVPBM, siempre que el contrato entre dentro de su ámbito de aplicación, y por tanto no supone la aplicación de los efectos del artículo 1124 IV Cc, más aún si se defiende el carácter imperativo de la LVPBM. En cualquier caso, sí que acierto a llegar, aunque por medio de la buena fe como principio general del Derecho, al mismo resultado en donde el tercer adquirente de mala fe no debe quedar protegido frente a las acciones reivindicatorias del vendedor que

RIVERA FERNÁNDEZ concreta “*Si el vendedor carece de ius disponendi y el comprador, de acuerdo con la tesis clásica, no puede enajenar por no ser propietario, no nos queda más remedio que admitir que estamos ante un bien sustraído al tráfico jurídico. Vulnerando, con ello, un principio esencial en las modernas economías de mercado: el favorecimiento de la circulación de bienes. La consecuencia parece excesiva, sobre todo si se tiene en cuenta que el comprador podría limitarse a transmitir su posición, dejando a salvo el derecho del vendedor*” en RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1994), *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*. Valencia: Tirant lo blanch. p. 111 y 112.

¹⁶ En este sentido la RDGRN de 17 marzo 2004 (Bienes muebles) (RJ 2004\2389) y la Instrucción de 3 de diciembre de 2002, párrafo 2.º del apartado 15.º, que desarrolla la Instrucción de 23 de octubre de 2001.

¹⁷ STS de 10 de abril de 1981 (RJ 1981\1532), STS de 18 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6487) y STS de 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8996). Aunque en alguna ocasión ha defendido su carácter dispositivo, STS de 19 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4714).

¹⁸ Alcanza el mismo entendimiento OCAÑA RODRÍGUEZ “*Si se trata de bienes muebles, especialmente en el ámbito de la Ley 28/1998, por virtud de lo dispuesto en el artículo 464 CC y artículo 15 (antes artículo 23) de la Ley especial: ni es oponible al tercer adquirente el pacto de reserva de dominio ni tampoco la prohibición de enajenar en tanto no estén inscritos*”. OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2000), “La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes” en Nieto Carol, U. (dir.): *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*. Valladolid: Lex nova. pp. 139-201. p. 173.

¹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. “La reserva de dominio” Op. cit., p. 209.

no inscribe la reserva de dominio. Autores como RODRÍGUEZ-ROSADO, al explicar la condena de la mala fe a tenor de otros preceptos, se centra con acierto en la “*fuera expansiva*” que presenta este hecho, considerando del mismo modo que el comprador que presenta mala fe no debe quedar protegido pese a la no inscripción²⁰. Otros autores²¹ llegan al mismo resultado a partir de la aplicación del artículo 464 Cc, de modo que la protección jurídica que otorga tal precepto no se extenderá a aquéllos que procedan de mala fe.

En conclusión, en este primer caso la propiedad del vendedor que por voluntad de las partes no inscriben la reserva vendrá ineficaz frente a los terceros adquirentes del bien mueble de buena fe en caso de enajenación por el comprador. Por el contrario, la reserva de dominio podrá desplegar sus efectos, y consecuentemente ser mantenido el vendedor en su propiedad, cuando el tercer adquirente proceda de mala fe. En este último caso se difiere en la doctrina sobre los medios para llegar a esta solución, aunque afirmar lo contrario sería mantener un resultado injusto difícilmente querido por la Ley.

5.2. Negocios excluidos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles o ajenos a su aplicación.

En relación a los segundos, supuestos en donde el contrato queda excluido expresamente del ámbito de aplicación de la LVPBM, o bien directamente no quedan sujetos a la misma, la cuestión se complica más aún.

Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación a partir de los artículos 1, 2 y 5 de la LVPBM, el siguiente punto de partida es la exclusión de la aplicación de la LVPBM que principalmente, como cabe suponer, determina la aplicación del Código Civil.

Son varios los preceptos que entran en juego para determinar si efectivamente el tercer adquirente del comprador adquiere o no la propiedad del bien objeto de la cláusula de reserva de dominio. Especialmente son los artículos 464 y 1124 Cc y el artículo 85 C. de c., vamos a proceder a su análisis.

5.2.a. Artículo 464 del Código Civil.

En relación a las primeras líneas del artículo 464 Cc se han despertado en la doctrina varias teorías sobre las que no existe unanimidad, luego se hace necesario hablar de la función que cumple: “*La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título*”. Existen pues diversas posturas: la romanista, la germanista y la tesis de la regla especial para la reivindicación mobiliaria. Todas ellas explicadas con mayor detenimiento y ahondamiento por RODRÍGUEZ-ROSADO²² que lo expuesto a continuación, donde se resaltarán los aspectos más destacados que propone.

El inicio del artículo 464 Cc se plantea, según la tesis romanista, como la equivalencia de la posesión adquirida de buena fe a un título únicamente válido para la adquisición por usucapión. Como nos recuerda el autor mencionado se debe a que en el Derecho romano la única adquisición *a non domino* de bienes muebles era la usucapión. Dicho esto, la transmisión por el comprador de la cosa mueble sobre la que recae el pacto de reserva de dominio a un tercero, que pasa a poseerla de buena fe, no conllevaría la transmisión de la

²⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2009), ““Ius ad rem” y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil”. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1687-1723. p. 1722.

²¹ PINO ABAD, M. “La cláusula de reserva de dominio...” Op. cit., p. 1739.

²² Vid.: RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2004), “Cobro de lo indebido, tradición y usucapión: estudio de los artículos 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria”. *Anuario de Derecho Civil*, nº. 3, 1003-1104. pp. 1055 y ss.

propiedad y únicamente facultaría a éste a usucapirla siempre que concurren el resto de elementos necesarios²³. No garantiza una adquisición *a non domino* y la cláusula de reserva de dominio debería seguir desplegando sus efectos al no haber ninguna protección en la adquisición del subadquirente en estos supuestos de venta de cosa ajena, siempre que no transcurra el tiempo necesario para la usucapión.

Para la tesis germanista, línea seguida por nuestra jurisprudencia²⁴, el artículo 464 Cc debe interpretarse en el sentido de permitir una adquisición *a non domino*. Predica el Tribunal Supremo “*La más reciente jurisprudencia de esta Sala interpreta que la equivalencia significa titularidad dominical [S. 26-6-1984]; que se sienta la regla de irreivindicabilidad de la cosa mueble cuya posesión se haya adquirido de buena fe, por lo que el inciso primero del párrafo primero del art. 464 del Código Civil se refiere a título de dominio [S. 3-3-1980]; que atendiendo a la interpretación germanista [...]”*²⁵. De este modo, quien recibe una cosa mueble, con una posesión de buena fe a título de dueño, adquiere la propiedad incluso en los casos de falta de propiedad del transmitente. Eso sí, esta regla no operaría en los supuestos de pérdida o privación ilegal de la cosa que se posee. Es evidente que parece una interpretación más acorde con la realidad y el ordenamiento actual, el cual permite en supuestos excepcionales una adquisición *a non domino* confiando en la apariencia, si bien, precisamente por tratarse de acontecimientos extraordinarios y excepcionales²⁶ se dice que no se puede interpretar de este modo. Pese a ser un planteamiento muy trascendental a tener en cuenta es cierto que varios autores entienden que esta función es una regla demasiado general que puede no proteger lo suficiente a la propiedad privada (artículo 348 Cc y 33 CE) y no obedece a una interpretación restrictiva de las adquisiciones *a non domino*. Esta idea es la que expresa MIQUEL GONZÁLEZ al recordar que “*el principio es que el propietario tiene acción para reivindicar y que no pierde su derecho sin un hecho propio (id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest), a salvo las excepciones establecidas en la Ley*”²⁷ y por ello si lo que se pretende proteger es la seguridad del tráfico se ha de acudir a otros mecanismos o a los supuestos de adquisición *a non domino* expresamente contemplados. Recapitulando, la consecuencia de esta interpretación es simple, el subadquirente del comprador, siempre que concorra la posesión de buena fe, que supone el título, habrá adquirido la propiedad, quedando despojado de ella el vendedor a pesar del pacto de reserva de dominio, que quedaría sin efectos. Siempre a salvo las excepciones

²³ Esta función que se desprende del artículo 464 Cc encuentra mayor apoyo si se hace una interpretación sistemática de varios artículos. Primero, el artículo 1940 Cc que para la usucapión ordinaria exige, entre otros requisitos, un justo título y buena fe; el artículo 1955 que para la usucapión de bienes muebles requiere la posesión de buena fe, por lo que ignora aparentemente el requisito relativo al título dando lugar a una contradicción. Si atendemos al artículo 464 Cc que recoge la equivalencia de la posesión de buena fe al título la contradicción desaparece, adquiriendo sentido la coordinación de aquellos dos primeros artículos, ya que el artículo 1955 Cc exigiría la buena fe e implícitamente también un título. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1993), “Artículo 464 del Código Civil” en Díez Picazo, L.; Bercovitz, R. y otros (dir.) *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. pp. 1240-1249. pp. 1241 y 1242.

²⁴ STS de 26 de junio de 1984 (RJ 1984\3263), STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990\687) y STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1549).

²⁵ STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1549).

²⁶ Díez-PICAZO considera también que las adquisiciones *a non domino* constituyen supuestos excepcionales y por ello la buena fe del subadquirente no puede ser elemento suficiente para corregir la falta de titularidad. No obstante, defiende la ineficacia del pacto de reserva de dominio a través del principio de relatividad de los contratos del artículo 1257 Cc. Díez-PICAZO, L. (2010), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen IV*. Navarra: Civitas. p. 64.

²⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. “La reserva de dominio” Op. cit., p. 197.

del propio precepto, es decir, los casos de pérdida y la privación ilegal, expresión que debe interpretarse en el sentido de robo, robo o abuso de confianza.

Para finalizar también es necesario exponer la deducción a la que llega la tesis de la regla especial para la reivindicación mobiliaria, línea surgida más recientemente que las anteriores e iniciada por VALLET DE GOYTISOLO con ciertas correcciones por MIQUEL GONZÁLEZ y que niegan la existencia de adquisiciones *a non domino* en base a este precepto. Los defensores de esta posición entienden que el tenor de la primera frase del artículo 464 Cc opera exclusivamente a efectos probatorios en los supuestos de reivindicación mobiliaria. En otras palabras, la posesión de buena fe en concepto de dueño equivale a la prueba del título. Debe tenerse en cuenta que en el tráfico jurídico hoy día es inusual la entrega de documentos que acrediten los negocios sobre muchas de las cosas muebles dificultando la prueba sobre tales operaciones, lo que podría causar un perjuicio al nuevo poseedor al que se le reclama la propiedad²⁸. En definitiva, según esta postura, tratándose de un bien mueble sobre el que recayó una cláusula de reserva de dominio, el tercero que adquiere del comprador no recibiría la propiedad, pues tendría título –al poseer de buena fe– sin modo, al carecer de transmisión de propietario. De tal modo que el demandante-vendedor que en una acción reivindicatoria o en una tercería de dominio acreditase la falta de este último extremo podrá recuperar la cosa.

5.2.b. Artículo 85 del Código de Comercio.

Al margen de lo dicho, es sabido que existen excepciones en nuestro ordenamiento que habilitan o permiten una adquisición *a non domino* a través de una protección al tercer adquirente y por ello deben tenerse en cuenta en esta materia, puesto que la reserva de dominio no les será oponible. Supuestos así se encuentran en preceptos de distintos cuerpos normativos como en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria o los artículos 85 y 545 C. de c. Es por ello que uno de los preceptos que deben analizarse para determinar también los efectos de la figura objeto de este estudio, no inscrita de acuerdo a la LVPBM, en las transmisiones de una cosa mueble por el comprador a tercero es el artículo 85 C. de c., a causa de la remisión hecha por el artículo 464 Cc. En concreto, el artículo 85 C. de c. se refiere a las compras realizadas en establecimientos abiertos al público. El inicio de este artículo es el siguiente: *“La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador, respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente”*.

En las compras en almacenes o tiendas abiertas al público, se da como resultado que el pacto de reserva de dominio queda sin efectos frente al tercer adquirente. El vendedor originario no podrá ejercitar la acción reivindicatoria, sin perjuicio de poder acudir a otras acciones para ser resarcido en la pérdida que ha sufrido, aunque su ejercicio únicamente será posible contra el primer comprador. A propósito de lo que se viene diciendo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares viene a admitir la venta de cosa ajena en tal supuesto de hecho²⁹.

En definitiva, va a ser de vital importancia determinar si estamos ante terceros protegidos en sus adquisiciones, en las cuales las cláusulas de reserva de dominio no van

²⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, B. “Cobro de lo indebido...” Op. cit., p. 1063.

²⁹ La SAP Baleares de 20 de septiembre de 2002 (AC 2003\98) aclara la aplicación de este precepto por lo siguiente *“La de autos no era una compraventa mercantil sino civil, pero ello no excluye la aplicación del artículo 85 del Código de Comercio ya que el último párrafo del artículo 464 del Código Civil se remite a la legislación mercantil”*.

a habilitar al vendedor originario para la recuperación de la cosa, siempre a salvo otro tipo de acciones. Además de los preceptos mencionados existen otros casos, como los casos de adquisiciones de buena fe en venta pública o empeños en los Montes de Piedad por los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 464 Cc o los supuestos de subasta pública en virtud del artículo 61 de la Ley de Ordenación del comercio minorista, entre otros.

5.2.c. Artículo 1124 in fine del Código Civil.

En cualquier caso, procede analizar también la protección del tercer adquirente cuando el vendedor originario se reservó la propiedad, fuera de los supuestos específicamente contemplados. Si no nos encontramos dentro de tales casos debe analizarse el juego de los artículos 1124 IV, 1295 y 1298 Cc.

El artículo 1124 IV Cc al recoger la acción resolutoria finaliza en su párrafo 4º con lo siguiente: *“Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”*. A continuación, el artículo 1295 Cc señala:

*“La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses [...].
Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.
En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión”*.

El funcionamiento general de estos artículos no genera problemas. El artículo 1124 habilita a las partes, en obligaciones recíprocas en situación de pendencia, a resolver el contrato ante un incumplimiento grave de la otra parte. Los efectos de la resolución suponen extinguir el contrato, sus obligaciones y proceder a la restitución *ex tunc* de aquello que se ha recibido.

En una cuestión distinta nos encontramos cuando la compraventa de cosa mueble contiene un pacto de reserva de dominio, pues en estos casos quien es comprador en la primera compraventa y vendedor en la segunda únicamente adquiere y puede transmitir, respectivamente, un derecho expectante y no una propiedad plena. Ello no se debe a la oponibilidad del primer contrato celebrado, sino a las facultades dispositivas que ostenta el comprador-vendedor³⁰, sin perjuicio de que si se toma como válida la tesis germanista del artículo 464 quede protegido en su propiedad. No obstante, no hay que dejar de tener presente que una reserva de dominio entre dos contratantes, sin inscripción alguna, únicamente tiene efectos obligacionales entre ellos. No se puede pretender su imposición a terceros que nada sabían de tal cláusula. Ello es lo que dispone el Tribunal Supremo *“ese pacto secreto que, cual se ha dicho y como establece la Sentencia de 20 mayo 1982, no vinculan a los terceros, sino exclusivamente en su caso, a los contratantes, a virtud de lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil; y es que, como también expresa la Sentencia de 5 mayo 1983, el tercero que adquiere una cosa mueble de buena fe (menos aun cuando hay pacto anterior al efecto y disposición que así lo establece) no está afectado por la resolución pactada entre el primero y segundo dueño que la vendió a éste, ni, añadimos ahora, por la condición suspensiva secreta que implica el pacto de reserva de dominio”*³¹ o en el mismo sentido *“No impide que los contratos tengan*

³⁰ GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), “Artículo 1257 del Código Civil” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil, tomo VI*. Valencia: Tirant lo blanch. pp. 9027-9033. p. 9029.

³¹ STS de 26 de mayo de 1995 (RJ 1995\4129).

eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas”³² añadiendo siempre que los terceros tengan “*conocimiento efectivo*”. En esta línea, por tanto, parte de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que los terceros adquirentes de buena fe, es decir, que desconocían la existencia del primer negocio, y a título oneroso deban quedar protegidos –todo ello de acuerdo a la tesis germanista que subsanaría la facultad de disposición³³- siendo ineficaz la reserva de dominio frente a ellos mediante una extensión del artículo 1124 IV³⁴ o el artículo 1257 Cc, entre otros.

6. Enajenación por el comprador en caso de reserva de dominio inmobiliaria.

Tratando la figura de la reserva de dominio en bienes inmuebles se aprecia como el panorama es radicalmente distinto. Son varias las causas, desde la aplicación de un cuerpo legal distinto como es la Ley Hipotecaria, con todos sus efectos protectores, a la importancia y la eficacia que el Registro de la Propiedad presenta en la materia tanto en relación a los títulos inscritos como no inscritos. Con la finalidad de simplificar el análisis se dividirán los supuestos en aquellos donde la reserva de dominio se halla inscrita en contraposición con los casos en que no está inscrita.

6.1. Reserva de dominio inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861 se puso de manifiesto un menor o mayor interés en lograr la inmatriculación de las fincas por distintas razones y para ello se otorgaban diversos efectos protectores a quienes operaban según el Registro de la Propiedad. En esta línea también se favorecen aquellas personas que proceden a la inscripción de la cláusula de reserva de dominio que, aunque es poco frecuente en este tipo de negocios, también puede recaer sobre contratos de bienes inmuebles.

Así, podemos ver como el artículo 9 c) LH al hablar de la inscripción establece que se hagan constar “*La naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor cuando constare en el título*”. Debe recordarse que el Registro de la Propiedad no recoge o publica derechos abstractos, sino que trata de dejar constancia de todas las circunstancias que afecten a tal derecho y tengan una trascendencia real. La trascendencia real³⁵ de la reserva de dominio es patente en

³² STS de 12 de julio de 2006 (RJ 2006/6165).

³³ Para el caso de no admitirse la tesis germanista del artículo 464 Cc no tendría sentido acudir a los artículos 1124 ni 1295, dado que al carecer de poder dispositivo el segundo comprador sobre la propiedad plena no podría transmitirla. Así, aunque en relación a un litigio sobre inmuebles, lo expresó el Tribunal Supremo “*La última denuncia que se hace de la infracción del párrafo 2.º del art. 1295 del Código Civil, al que hace referencia el propio art. 1124, base de la resolución acordada, no es posible que pueda ser apreciada, pues en el caso que estudiamos no concurren las circunstancias que determinan su viabilidad. Se exige para que pueda operar la excepción allí establecida que «el objeto de la devolución se halle legalmente en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe». La compraventa en documento privado que efectúa la Comunidad de Partícipes [...] no es más que una venta «a non domino»*”. STS de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6726).

³⁴ Aunque alude a bienes inmuebles, sirve de apoyo en cuanto a los efectos del artículo 1124 Cc y terceros. “*En esta materia es fundamental la consideración de que no es oponible la reserva de dominio no inscrita a terceros adquirentes de buena fe. [...] Si se trata de inmuebles inmatriculados, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 y 32 LH y porque, [...] se aplicaría lo dispuesto por el artículo 1124 in fine del CC; no sería preciso siquiera que el comprador de buena fe y a título oneroso inscribiera su derecho para quedar liberado de un gravamen oculto o de una carga resolutoria. [...] Tal subadquirente está protegido en «en derecho civil puro» por la limitación que afecta a las acciones de resolución de los contratos*”. OCAÑA RODRÍGUEZ, A. “La reserva de dominio...” Op. cit., p. 173.

³⁵ “*Sin necesidad de entrar en la determinación de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio en la compraventa y de la titularidad registral que ostenta el comprador, es indudable que ésta tiene alcance jurídico real*” RDGRN de 28 noviembre de 2017 (Propiedad) (RJ 2017/5680).

tanto que sitúa el derecho en una posición de incertidumbre apareciendo dos titularidades: la actual del transferente y la expectante del adquirente. A pesar de todo lo dicho, lo cierto es que la doctrina tradicional³⁶ durante una época rechazaba la inscripción de esta figura en base a una interpretación formalista del artículo 11 LH, cuestión que ya ha sido superada.

Dicho esto, si las partes finalmente acuerdan la inscripción del pacto de reserva de dominio, el comprador no va a poder transmitir la propiedad plena sobre el bien, pues carece de ella. Por tanto, la compraventa no podría consumarse lo único que podría transmitir sería su derecho de propiedad expectante, por lo que el subadquirente únicamente consigue un derecho condicional como ya se afirmó. En definitiva, el efecto fundamental de esta publicidad registral del pacto de reserva de dominio es nada más y nada menos que sea oponible *erga omnes*³⁷, impidiendo que el tercer adquirente pueda quedar amparado por la fe pública registral del artículo 34 LH y consolidar una adquisición plena, en perjuicio del vendedor primario cuando se ha incumplido la condición, puesto que al anotarse la reserva de dominio se da publicidad a que el titular registral que le transmite carece de poder de disposición pleno. Todo ello en base a que, si el derecho consta con tales afecciones en el Registro de la Propiedad, lo que se transmite es el derecho tal y como consta en el mismo, evitando que tenga lugar una transmisión del derecho pleno protegida por el artículo 34 LH, siempre que se den sus requisitos, cuando en la realidad existía una titularidad inestable.

6.2. Reserva de dominio no inscrita en el Registro de la Propiedad.

Los verdaderos problemas se plantean cuando la reserva de dominio no ha sido objeto de inscripción por no estar la finca inmatriculada. En estos casos se abre un conflicto entre el título no inscrito del primer vendedor y el título inscrito del tercer adquirente. Así, tratándose de un título no inscrito entra en juego el artículo 32 LH, junto con el artículo 606 Cc, y de forma ineludible deben tratarse las conocidas tesis monista y dualista, pues los efectos de la reserva de dominio también dependerán de cual se tome como base. Resulta conveniente mencionar aquí el precepto clave, como decimos el artículo 32 LH que dispone “*Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*”. Las divergencias que surgen entre ambas posiciones doctrinales, la monista y la dualista –y los distintos extremos que surgen dentro de esta última– responden a los requisitos que se deben cumplir para hablar de tercero hipotecario y si el tercero al que se refiere el artículo 34 LH es el mismo que el de su artículo 32.

6.2.a. Tesis dualista.

Comenzando por el dualismo, este sector de la doctrina parte de la premisa que el tercero que se menciona en el artículo 32 LH es distinto al que se alude en el artículo 34 LH, admitiendo la existencia de una pluralidad de terceros. La consecuencia de esta postura es la defensa de la existencia de dos principios hipotecarios diferentes: el principio de inoponibilidad, recogido en el artículo 32 LH, y el principio de fe pública registral, contemplado en el artículo 34 LH. En concreto, es el principio de inoponibilidad el que cobra relevancia y éste se define por GARCÍA GARCÍA como “*aquel principio*

³⁶ Vid.: AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972), “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*. n.º. 488, pp. 9-42. pp. 16 y ss.

³⁷ En este sentido RDGRN de 28 noviembre de 2017 (Propiedad) (RJ 2017/5680).

*hipotecario en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el Registro”*³⁸. Sin embargo, lo cierto es que la cuestión va más allá en tanto en cuanto dentro del propio dualismo también existe cierto conflicto acerca de los requisitos exigidos por el artículo 32, encontrando distintas líneas doctrinales que conforman el llamado dualismo extremo, el medio y el moderado. En lo sucesivo simplemente se aludirá a las exigencias de cada una, sin entrar a explicar sus fundamentos con detenimiento por exceder el estudio de este trabajo, y como repercute en la reserva de dominio.

- *Dualismo extremo.*

El dualismo extremo está defendido por autores como NÚÑEZ LAGOS, TIRSO CARRETERO o GARCÍA GARCÍA. Esta subdivisión interpreta del propio artículo 32 LH, que la consideración de tercero únicamente requiere de la inscripción de su derecho, aunque GARCÍA GARCÍA defiende que la buena fe debe ser objeto de una interpretación especial.

El requisito de la propia inscripción del derecho de este tercero se torna esencial por varias razones afirma GARCÍA GARCÍA. Primero, el artículo 32 LH al ser un precepto de la Ley Hipotecaria debe referirse a un tercero propio de dicho cuerpo legal, esto es, al que accede al Registro, puesto que precisamente se encarga de regular y contemplar los efectos de aquellos títulos que acceden al Registro. Segundo, en que si su tenor contempla una contraposición y finaliza aludiendo a los títulos no inscritos, indudablemente el tercero del mismo alude a quien los ha inscrito, pues de lo contrario sería una interpretación absurda. Tercero, razona que, si se trata de garantizar la seguridad jurídica y evitar las actuaciones clandestinas mediante la inscripción, ésta debe ser requisito del tercero³⁹. En realidad este requisito no debe suscitar controversias, pues es unánimemente admitido.

Por su parte, la buena fe es una exigencia sometida a varias interpretaciones dentro de los defensores de esta postura, aunque realmente autores como NÚÑEZ LAGOS o TIRSO CARRETERO la excluyen como condición necesaria para hablar de tercero del artículo 32. Es GARCÍA GARCÍA quien, a pesar de ser dualista radical, alcanza una posición algo más moderada en este aspecto tras una lectura conjunta con el artículo 225 LH “*La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro*”. Defiende que, al referirse el último de los preceptos a los supuestos típicos contemplados en el artículo 32 y aludir expresamente a “*sólo*”, la buena fe debería concebirse como aquella apoyada únicamente en la certificación expedida por el Registro, lo que determina que una calificación negativa bastaría para acreditar la buena fe y quedar dentro de la consideración de tercero del artículo 32, que no ampara el fraude⁴⁰.

En consecuencia, tras toda la exposición de esta subdivisión de la llamada tesis dualista se debe volver a conectar con la reserva de dominio para determinar o no su validez frente a terceros dentro de esta interpretación. En estos casos donde se pactó una reserva de dominio que no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad y el comprador enajena a su vez el bien inmueble objeto del negocio a un tercero, quedará este último protegido en su adquisición siempre que reúna el siguiente requisito: inscriba su derecho adquirido. De este modo, el tercer adquirente quedaría amparado por el artículo 32 LH,

³⁸ GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993), *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas. p. 29.

³⁹ *Ibíd.*, p. 176.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 192.

de forma que su título inscrito prevalecería frente al del primer vendedor (propietario en virtud de la reserva de dominio) que no tenía inscrito su título.

En cualquier caso, es importante resaltar que, si el título del subadquirente no llega a tener acceso al Registro, éste no podrá quedar protegido en su adquisición en cuanto que su transmitente —el comprador— no posee facultades para transmitir la propiedad⁴¹.

- *Dualismo medio.*

El dualismo medio cuenta con defensores como DÍEZ-PICAZO o BALLARÍN MARCIAL⁴². Esta posición defiende que el tercero del artículo 32 debe agrupar dos requisitos: la inscripción de su propio título y buena fe en su actuar⁴³, sólo nos dedicaremos a la buena fe como elemento adicional del tercero respecto del dualismo extremo.

Díez-PICAZO, como seguidor de este requisito⁴⁴ en el funcionamiento del artículo 32 LH, parte de la base que el concepto de buena fe al que alude el artículo 32 es distinto al del artículo 34. Mientras que el segundo se basa en una confianza en el Registro, el primero alude, según entiende, a una buena fe extrarregistral basada en la convicción de un negocio adquisitivo correcto, y por consiguiente, en que su transmitente era verdadero titular con poder de disposición sobre el derecho real. Más aún, también es la creencia en que la cosa está libre de gravámenes y de la inexistencia de otros títulos anteriores⁴⁵.

Por lo tanto, en los supuestos que estamos tratando (enajenación de un bien inmueble, sobre el que recae un pacto de reserva de dominio no inscrito, del comprador a un tercero) la adquisición de la finca por el tercero que inscribe su derecho y ha obrado de buena fe en el negocio adquisitivo supone un título con mayor eficacia respecto del título del primer vendedor que no estaba inscrito. Eso supone que el pacto de reserva de dominio en estos casos carecería de eficacia hacia este tercero.

- *Dualismo moderado.*

Finalmente hemos de concluir la exposición de las distintas posturas dualistas aludiendo al dualismo moderado, teniendo seguidores como LACRUZ, AMORÓS o VILLARES PICO. Consideran que el tercero contemplado en el artículo 32 LH debe reunir

⁴¹ En este sentido lo dispone el Tribunal Supremo respecto de una venta de cosa ajena de un inmueble en la que se pactó en el primer negocio una reserva de dominio: “*El negocio precedente celebrado entre el Sr. Miguel Ángel y Don Adolfo (comprador y posteriormente vendedor) forzosamente ha de afectar a la capacidad de disposición de este último, de acuerdo con el principio de derecho «nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet», en virtud del cual, según ha tenido ocasión de reiterar esta Sala, los causahabientes a título particular han de considerarse ligados por los contratos que hubiera celebrado con anterioridad su transmitente que influyan en el contenido del derecho transmitido, reconociéndose jurisprudencialmente el llamado efecto reflejo de los contratos, que viene en ocasiones a mitigar la rigidez del principio de relatividad de los mismos en cuanto a sus límites subjetivos que expresa el artículo 1257 del Código Civil*”. STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\6498).

⁴² BALLARÍN MARCIAL, A. (1949), “El Registro de la Propiedad español. Separata de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», por Rafael Núñez Lagos”. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 676-686. p. 685.

⁴³ Sobre la exigencia de este requisito vid.: GORDILLO CAÑAS, A. (2004), “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral”. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 381-548. pp. 456 y ss.

⁴⁴ Entre otros argumentos, sostiene “*Para que se sacrifique el derecho válido de un titular, en beneficio de otro titular, que en principio carecería de preferencia, parece necesario que el beneficiario sea persona honesta o no fraudulenta ni aprovechada*”. DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen III*. Madrid: Civitas. p. 542.

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L. (1983), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen II*. Madrid: Tecnos. pp. 391 y ss.

todos los requisitos del tercero del artículo 34 del mismo cuerpo legal, a excepción de la previa inscripción. Por tanto, sus requisitos serían la propia inscripción de su título, la buena fe y debe añadirse la adquisición a título oneroso. Los dos primeros requisitos tampoco van a ser expuestos –pues ya se han dejado algunas líneas de las razones de su exigencia- y este apartado recogerá únicamente las razones de LACRUZ para exigir la adquisición a título oneroso para que opere el principio de inoponibilidad.

LACRUZ defiende la exigencia de la buena fe y la onerosidad tanto en el artículo 32 como en el 34 LH diciendo que *“En mi opinión, dados los intereses en presencia en la tutela del tercero, y la finalidad perseguida por la Ley, ambas circunstancias son también exigibles cuando el adquirente resulta protegido en virtud del art. 32 Lh. Ni tendría razón de ser la exención de buena fe y onerosidad en unos casos sí y en otros no, cuando la situación de intereses es la misma en todos. Ninguna de tales circunstancias venía literalmente impuesta por la Ley del 61, pero el argumento principal para exigir la buena fe, es decir, la Exposición de motivos de la Ley, daba a entender claramente que había de exigirse en cualesquiera adquisiciones a non domino: precisamente su texto se refiere más bien a las protegidas por el art. 32. Y si la exigencia de ambos requisitos se añade luego por el legislador al art. 34, siquiera en muy diferentes fechas, no parece que fuera para restringirla a los supuestos de resolución o anulación del título del otorgante: mucho menos en cuanto a la buena fe, que ya se venía exigiendo desde antes de modo general y pese a su falta de expresión legislativa”*.

“De tales requisitos, finalmente, hay desde la reforma del 44 una mención literal en la ley que parece abarcar cualesquiera casos de adquisiciones a non domino: es el art. 40 cuando limita primero el derecho a solicitar la rectificación del Registro al «titular del dominio o del derecho real que no se ha inscrito» y concluye in fine que «en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto»”⁴⁶.

Sea como sea, en definitiva, para esta parte de la doctrina la reserva de dominio carecería de eficacia siempre que el subadquirente cumpliera con los requisitos de la propia inscripción de su título, la buena fe y que haya sido adquirido por un título oneroso. No obstante, esta posición carece de peso en el tema que nos concierne, pues si se pacta una reserva de dominio lo lógico es pensar que se trata de un negocio oneroso, ya que precisamente esta figura trata de garantizar el cobro de la contraprestación.

6.2.b. Tesis monista.

Como decíamos, en contraposición con todo lo anterior, se mantiene por cierta parte de la doctrina la llamada tesis monista. Debe zanjarse desde un principio que la tesis monista actualmente se encuentra en declive, siendo que la mayoría de hipotecaristas son partidarios –ya sea en uno u otro grado- de la tesis dualista. Dentro de sus defensores se encuentran autores de prestigio como ROCA SASTRE, SANZ FERNÁNDEZ, JERÓNIMO GONZÁLEZ, PAU PEDRÓN o PEÑA, entre otros. Por ejemplo, son varias las razones dadas por PEÑA para sostener esta postura: primero, que si el artículo 32 LH ya protege al titular inscrito frente a los títulos no inscritos resulta inútil a efectos prácticos la usucapión *secundum tabulas* (si se parte de que la inscripción sólo es prueba del título, artículo 35 LH); y segundo, que admitir un resultado idéntico al artículo 34 LH en los casos del artículo 32 sin exigir tantos requisitos supone una opción que atenta en gran medida contra la propiedad ajena y que se muestra en contra de la especial cautela que guarda el

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984), *Derecho inmobiliario registral, elementos de Derecho Civil, III bis*. Barcelona: Bosch. p. 192.

artículo 34 al configurar tal escenario como algo excepcional⁴⁷. También contribuye a esta defensa PAU PEDRÓN⁴⁸ justificando que, si nuestro sistema registral realmente pretende fomentar la inscripción de las fincas, al exigir el requisito de la previa inscripción para la aplicación del artículo 32 LH se estimula por partida doble, dado que se exigen dos inscripciones, la del transferente y la del adquirente. Añade, basándose en los antecedentes históricos, que la Ley Hipotecaria de 1861 daba en su artículo 27 una definición de tercero como el que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito, ello tras hablar en el artículo 23 (actual 32) de la inoponibilidad, por lo que debía haber un acto o contrato inscrito para poderse hablar de tercero protegido.

Este sector admite sólo la existencia del tercer hipotecario del artículo 34 LH. Por ello, niegan un principio de inoponibilidad como tal desprendido del artículo 32 y dicen que en este escenario sólo puede hablarse de la fe pública registral. En estos casos sería que el aspecto negativo –o de inoponibilidad- de la fe pública registral opera en el artículo 32 LH, mientras que el aspecto positivo –o presunción de veracidad y exactitud- se plasma en el artículo 34, y consecuentemente exigen los mismos requisitos⁴⁹.

Los requisitos para PEÑA⁵⁰ y los monistas entonces serían: la adquisición de derechos reales, la buena fe, título oneroso y que el transmitente sea persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir tales derechos, es decir, la previa inscripción. Se omite aquí el análisis de los mismos dado que son igualmente válidos determinados argumentos aportados ya en las exposiciones de las posturas dualistas.

Habiendo aludido de forma sucinta a algunos fundamentos del monismo se observa como en tales casos de venta de cosa ajena, donde la reserva de dominio no fue inscrita en el Registro de la Propiedad, tal acuerdo va a tener efectos frente a terceros, de modo que el subadquirente no va a quedar protegido en su adquisición, ni ésta va a ser oponible frente a la propiedad del vendedor aun sin estar escrito su título (el del vendedor), por carecer del requisito de la previa inscripción. En otras palabras, el subadquirente no se considera de ninguna de las formas tercero hipotecario y el Registro no le brinda ninguna protección pese a la no inscripción de la reserva de dominio.

7. Enajenación por el vendedor en caso de pacto de reserva de dominio mobiliaria inscrita por la LVPBM.

Resulta conveniente antes de comenzar a ahondar en las diversas hipótesis que recogen tanto este capítulo como los ulteriores hacer una alusión general. Lo que ahora va a ser materia de análisis son supuestos de doble venta por el vendedor, cuando se estipuló una reserva de dominio en la primera de ellas. En efecto, estamos ante supuestos de doble venta y ello por varias razones. La compraventa se encuentra perfeccionada (artículo 1450 Cc) pese a la reserva de dominio, figura que únicamente posterga la transmisión de la titularidad dominical hasta el completo pago del precio por el

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999), *Derecho reales. Derecho hipotecario. Tomo II: derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*. Madrid: Civitas. pp. 549 y ss.

⁴⁸ PAU PEDRÓN, A. (1993), “Artículo 606 del Código Civil” en Díez Picazo, L.; Bercovitz, R. y otros (dir.) *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. pp. 1532-1536. pp. 1533 y 1534.

⁴⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015), *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo blanch. p. 161.

⁵⁰ Vid.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. “Derechos reales... II” Op. cit., pp. 554 y ss.

comprador (lo que reiterada jurisprudencia⁵¹ ha considerado como una derogación convencional de la teoría del título y modo del artículo 609 Cc). Así, el vendedor mantiene el derecho de propiedad con ciertas limitaciones sobre el bien, de manera que si procede a venderlo produce una doble venta. En realidad se trata de supuestos más difíciles de encontrar en la práctica, pues se transmite un bien cuya posesión, en virtud de la reserva de dominio, queda en manos del primer comprador, es decir, no la tiene el vendedor.

En estas líneas vamos a comenzar abarcando un escenario ya planteado en el capítulo 4 e ineludiblemente debemos recordar el artículo 15 LVPBM, que viene a preceptuar que para que las reservas de dominio sean oponibles frente a terceros será necesaria su inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

Es gracias a la fuerza de la inscripción por la que la enajenación por el vendedor –al igual que la del comprador– carece de problemas o perjuicios para el primer adquirente. Así, el comprador podrá hacer valer su derecho de propiedad expectante (mientras no complete el pago del precio) o su propiedad plena (una vez abonado la totalidad de aquél) frente al tercero que adquirió del vendedor, pues la reserva de dominio inscrita, como se ha visto, es eficaz frente a terceros al no poder alegar éstos desconocimiento.

8. Enajenación por el vendedor en caso de reserva de dominio mobiliaria no inscrita.

Al igual que sucedía en su homólogo (capítulo 5), de nuevo es indispensable distinguir la causa de no inscripción del pacto, pues las consecuencias jurídicas son distintas.

8.1. Negocios no inscritos en el Registro de Bienes Muebles por voluntad de las partes.

Cuando la reserva de dominio no se inscribió en el Registro de Bienes Muebles y el bien se vende a un tercero por el propio vendedor (igual que cuando es el comprador quien vende el bien) se trata de un caso en que, a nuestro juicio, procede una interpretación *a sensu contrario* del artículo 15 LVPBM. Según ésta, la reserva de dominio no inscrita carecería de efectos frente a terceros cuando las partes tuvieron la oportunidad de inscribirla y no lo hicieron. En consecuencia, la falta de inscripción opera a favor de los terceros, de modo que quedarían protegidos en su adquisición los segundos adquirentes del vendedor por no serles oponible la reserva de dominio.

No obstante, de nuevo surge la controversia sobre si esta ausencia de inscripción favorece también a las adquisiciones efectuadas por compradores de mala fe. En una línea similar que la adoptada por la doctrina cuando la enajenación se hacía por el comprador, y con el fin de evitar prácticas fraudulentas, parece que lo conveniente es que la reserva de dominio únicamente sea ineficaz ante terceros de buena fe. Los terceros que procedan de mala fe no deberían quedar amparados en su adquisición, ya sea por aplicación del artículo 1473 I o por analogía del artículo 464 ambos del Código Civil, este último en el sentido de no querer subsanar los defectos de titularidad o disposición a favor de terceros de mala fe.

⁵¹ STS de 19 de octubre de 1982 (RJ 1982/5563), STS de 19 mayo 1989 (RJ 1989\3778) y STS de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993/1794).

8.2. Negocios excluidos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles o ajenos a su aplicación.

Fuera de la aplicación de la LVPBM los supuestos de doble venta se resuelven por el párrafo primero y tercero del artículo 1473 Cc que atiende expresamente a ellos. Debe resaltarse aquí que, aunque este precepto venga a solucionar los problemas derivados de la doble venta, para algunos autores se levanta cierta inconsistencia, que trataremos de explicar, en relación a la tesis clásica que defendemos.

El citado artículo en su párrafo primero dispone que *“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuera mueble”*. Sabemos que es normal que en las ventas con reserva de dominio el comprador adquiera la posesión pero no la propiedad. Planteado así el supuesto de hecho RIVERA FERNÁNDEZ afirma que se produce un efecto extraño, señalando que *“Sin embargo, no podemos dejar de destacarlo, dicho artículo hace una atribución directa de la propiedad al poseedor del bien. En tal caso, no sólo no apreciaríamos la efectividad de la reserva practicada por el vendedor; sino que incluso comprobaríamos que el comprador –poseedor- adquiere la propiedad del bien por un acto unilateral del vendedor (la doble enajenación), independientemente de que se satisfaga el pago total del precio”*⁵². En mi modesta opinión creo que afirmar estas consecuencias supone hacer una interpretación demasiado estricta del precepto y en todo caso abstraída de los efectos de la reserva de dominio. Si por un lado hemos afirmado que la reserva de dominio no transmite la propiedad hasta el completo pago del precio por el comprador, este precepto únicamente viene a establecer un criterio de preferencia en la doble venta. No se trata de una norma que venga a determinar cuando se consuma o no la venta y, por tanto, se produzca el traslado del dominio. Es una regla que conectándose con la reserva de dominio debería interpretarse del siguiente modo: si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores *habiéndose pactado en cualquiera de ellas una reserva de dominio*, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe *siempre que se cumplan el resto de condiciones necesarias para su consumación*, si fuera mueble.

En cualquier caso, el artículo 1473 Cc viene a sentar que será preferido en la propiedad el comprador que primero tome posesión de buena fe del bien mueble frente al que no lo hizo. Esta norma supone entonces afirmar implícitamente los efectos de la reserva de dominio frente al segundo comprador si la compraventa en que se pacta va a ir siempre acompañada del traspaso posesorio. Igualmente, para el caso improbable en que no tuviese lugar el traspaso posesorio la regla subsidiaria contenida en el párrafo tercero va a atribuir de la misma forma la propiedad al primer comprador, ya que el criterio de preferencia es la tenencia del título más antiguo también en bienes muebles.

9. Enajenación por el vendedor en caso de reserva de dominio inmobiliaria.

9.1. Reserva de dominio inscrita en el Registro de la Propiedad.

Se engloban en esta sección las hipótesis en que un vendedor, en una primera compraventa inscrita en el Registro vende con pacto de reserva de dominio una finca a un sujeto y a continuación, en otro negocio distinto, vende a un segundo comprador el mismo inmueble.

⁵² RIVERA FERNÁNDEZ, M. “La posición del comprador...” Op. cit., p. 106.

Según el planteamiento que hemos dispuesto no puede ser de otra manera que la reserva de dominio efectivamente debe poder desplegar sus efectos *erga omnes*. Se debe a que una vez inscrita la reserva, el segundo adquirente del vendedor no va a poder alegar desconocimiento o falta de publicidad de aquella condición con el fin de que no le sea oponible. Por tanto, es cierto que se puede concluir que la segunda compraventa es válida si bien, no puede transmitir la propiedad plena, pues se tiene título pero no modo, dado que el vendedor no es propietario de ese derecho en tal estado o plenitud que se pretende transmitir. Lo que realmente se está transmitiendo –o mejor dicho, podría transmitirse– es otro derecho condicional pendiente del abono o no del precio.

Ello supone que, al igual que sucedía anteriormente en la enajenación realizada por el comprador, al estar inscrita la primera compraventa con su reserva de dominio, la persona que le transmite –el vendedor– no tiene facultad de disposición sobre el derecho que le está concediendo (propiedad plena), sino sólo sobre una propiedad inestable sometida a condición. Es decir, la falta de modo no va a poder ser subsanada por el artículo 34 LH, pues no se estaría protegiendo así la apariencia registral, sino más bien lo contrario al no recibir de una persona que tenga a su favor inscrito tal derecho. El Tribunal Supremo en la resolución de un litigio distinto a la cuestión aquí planteada admite, a modo ejemplificativo, la oponibilidad de la reserva de dominio frente a terceros una vez inscrita *“En consecuencia, lo que importa para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho. Para que no sea así, esto es para que el impago de todo o parte del precio pueda influir en la transmisión del dominio, será preciso que así se haya pactado expresamente en el propio contrato de compraventa, ya mediante una reserva de dominio a favor del vendedor, ya mediante una condición resolutoria, cuya respectiva constancia registral sí afectará al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria”*⁵³. Consecuentemente, el tercero-segundo comprador no va a poder ampararse en la protección de una adquisición *a non domino* que le brindaría la fe pública registral a través del artículo 34 LH, pues la inscripción de la reserva de dominio opera en favor de los derechos que le pudieran corresponder tanto al vendedor como al comprador⁵⁴.

9.2. Reserva de dominio no inscrita en el Registro de la Propiedad.

La doble venta en la que la reserva de dominio acordada en la primera no se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, en principio, es ajena a la regulación de la Ley Hipotecaria y supletoriamente ha de acudir al Código Civil.

Al igual que sucedía con las dobles ventas sobre bienes muebles sin inscripción de la reserva, la misma cuestión sobre inmuebles se regularía también por el artículo 1473 Cc. En los negocios sobre inmuebles se contemplan tres criterios con aplicación subsidiaria. El primero de ellos, recogido en el párrafo segundo, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. El supuesto es el siguiente: nos estamos refiriendo al contexto en que un único vendedor enajena un bien inmueble con reserva de dominio no inscrita a un primer comprador y posteriormente enajena a otro comprador que se adelanta en la inscripción en el Registro de la Propiedad. Dicho esto, la solución es simple, si el segundo adquirente inscribe su derecho de propiedad con antelación al primer comprador, aquél será preferido en la propiedad siempre que concorra buena fe –requisito que la jurisprudencia exige para la aplicación del artículo 1473 Cc pese a no ser

⁵³ STS de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5303).

⁵⁴ En el mismo sentido. RIVERA FERNÁNDEZ, M. “La posición del comprador...” Op. cit., p. 105.

expreso-, quedando la reserva de dominio sin eficacia frente a nuevos adquirentes por la ausencia de inscripción. No obstante, a esta misma solución ciertamente podría llegarse mediante la aplicación del artículo 32 LH de acuerdo al dualismo medio o moderado. Como decimos, tal regla del artículo 1473 Cc podría carecer de sentido⁵⁵, puesto que ya el artículo 32 LH recoge que el título de propiedad del comprador que primero accede al Registro, concurriendo la buena fe, va a primar sobre el primero que no inscribió, aun cuando hubiera pactado una reserva de dominio.

A pesar de la solución expuesta, que sería la seguida por la mayoría de la doctrina, nosotros queremos plasmar otro planteamiento como solución al conflicto de títulos en el que nos ubicamos. Esta solución pasa por distinguir si en el caso concreto la finca se encuentra o no inmatriculada. Primero vamos a aludir al caso en que se hallase inmatriculada la finca (recordemos, vendida en una primera ocasión con reserva de dominio no inscrita y posteriormente enajenada de nuevo): en ella, el vendedor en la segunda venta pretende transmitir un derecho de propiedad como pleno, sin sujeción a eventuales condiciones, cuando realmente tiene una propiedad inestable. En este caso consideramos que no es necesario acudir al artículo 1473 Cc, o mejor dicho, podría ser aplicable preferentemente el artículo 34 LH por encontrar una mejor cabida aquí⁵⁶. Si se analiza el precepto se observa como el segundo comprador reúne los requisitos: el hecho de haber recibido un derecho de persona que aparecía en el Registro con facultades de transmitirlo (la reserva de dominio, pese a no estar inscrita, supone una limitación en las facultades de disponer del vendedor), un título oneroso, la buena fe y la inscripción de su derecho. Debe ser objeto de aclaración que en este caso el artículo 34 LH no opera en el sentido de permitir una adquisición *a non domino*, ya que el vendedor es propietario de la cosa gracias a la reserva de dominio según la tesis clásica. Aquí, el artículo 34 LH, funciona como medio subsanador de la falta de facultades dispositivas del vendedor⁵⁷, limitación que le viene impuesta por el propio pacto de reserva de dominio, y en consecuencia dicho artículo sirve también como instrumento para impedir que la reserva

⁵⁵ Argumenta GARCÍA GARCÍA “Y ello porque el artículo 1473.2 Cc, en sede de doble venta, no es más que una aplicación del criterio general de los artículos 606 Cc y 32 LH y no un precepto exclusivo para la doble venta. Que el artículo 1473.2 Cc es un precepto «derivado» de la regla general del artículo 32 LH y no al revés, se ve muy claro en el Proyecto de Código civil de 1851, en el que el texto del artículo 1396 decía: Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982”. GARCÍA GARCÍA, J. M. “Derecho inmobiliario... II” Op. cit., p. 182 y ss. En sentido contrario los autores monistas, ya que para la aplicación del artículo 32 LH se exige la previa inscripción. PAU PEDRÓN, A. “Artículo 606...” Op. cit., p. 1535. Asimismo, parten de que la alusión “al que primero inscriba” supone un reenvío completo a la Ley Hipotecaria, requiriendo todos los requisitos del artículo 34 LH, sin que en ningún caso quepa entender que el artículo 1473 Cc consolida una adquisición *a non domino* distinta de la hipotecaria. SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2008), *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*. Madrid: Centro de Estudios Registrales. p. 132.

⁵⁶ A una idea similar concluye ALBALADEJO aclarando que “Por lo que respecta al caso de que lo vendido sea un inmueble, el Código, en el artículo 1473, quiso acoplarse a la Ley hipotecaria. Independientemente de que lo consiguiera o no totalmente, con arreglo al texto entonces vigente de ésta, es lo cierto que, a tenor del que hoy rige, ambos –Código y L.H (cfr. Su art. 34)- recogen la misma posición: protegen en su adquisición al que de buena fe ha comprado (adquirido a título oneroso) una cosa a quien en el Registro de la Propiedad aparece con facultad para transmitirla y ha inscrito en el mismo su adquisición, prefiriéndolo sobre aquel otro comprador que, incluso habiendo recibido realmente la cosa con anterioridad, no llegó a inscribirla a su nombre”. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho Civil II*. Madrid: Edisofer. p. 568.

⁵⁷ “Si el título es inválido, el tercero adquirente no resultará protegido por la fe pública registral, ya que el único defecto que sana el Registro es el defecto de titularidad o la falta de facultades dispositivas en el transferente”. SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “Manual de Derecho...” Op. cit., p. 159.

de dominio sin publicidad afecte a terceros. De este modo, se podría afirmar que el segundo comprador “*adquire inmediata y definitivamente el derecho que figuraba inscrito como perteneciente a su transmitente y en los términos en que el Registro lo publicaba. [...] así ocurre cuando dicha titularidad se publica como estable o firme, aunque en la realidad sea una titularidad inestable o claudicante*”⁵⁸, es decir, adquiriría un derecho de propiedad plena a través de la inscripción.

De acuerdo a lo anterior, el juego del artículo 1473 Cc quedaría limitado a los supuestos de doble venta por el vendedor, en que carece de inscripción la reserva de dominio de la primera venta, y la finca no se hallaba inmatriculada. En consecuencia, al no reunir el segundo comprador el requisito de recibir un derecho que constase previamente inscrito no podría quedar amparado por el artículo 34 LH y debería acogerse al criterio de preferencia del artículo 1473 Cc –o como se ha dicho, también por el artículo 32 LH–, es decir, adquirirá la propiedad el segundo vendedor siempre que inscriba su derecho en el Registro y proceda de buena fe, siendo ineficaz la reserva de dominio no inscrita.

Planteamiento distinto surge en el caso en que ninguno de los compradores haya inscrito su derecho, es entonces cuando debe acudir al criterio subsidiario del artículo 1473 III Cc. Sucede que el citado precepto atribuye la propiedad al primero que tome posesión del inmueble de buena fe. Esto, como se comentó, es considerar la eficacia de la reserva de dominio frente al segundo comprador implícitamente, ya que no hay que olvidar que esta figura se establece precisamente con la intención de entregar la posesión sin transmitir la propiedad. No obstante, con el fin de no caer en interpretaciones rigurosas debemos recordar que no es una adjudicación automática de la propiedad, sino que el primer comprador adquirirá el inmueble una vez pagado el precio.

Por último, recoge el precepto *in fine* que, faltando la inscripción del comprador y la toma de posesión de buena fe, será propietario quien el de título más antiguo con buena fe. Por tanto, en aplicación de estos dos últimos criterios subsidiarios se opta por proteger al primer comprador en cuya compraventa se pactó la reserva de dominio, aunque resaltamos que lo cierto es que no le atribuye la propiedad a causa de la reserva de dominio, pues si ésta no se hubiese pactado tendría igualmente la propiedad.

10. Consideraciones finales y conclusiones.

Tras todo lo expuesto resulta conveniente plasmar, para concluir este trabajo, una valoración en conjunto del análisis elaborado y de las ideas extraídas del mismo.

Partiendo de la propia reserva de dominio y su indudable función de garantía se concluye que, pese a ser una figura cuya validez fue admitida desde antaño, ha carecido de una regulación legal completa, o cuando menos extensa, pues únicamente se encuentran alusiones a su concepto en la mayoría de los casos. Todo ello en una actualidad en la que la generalización de ventas a plazos promete un auge de esta figura. Resulta entonces criticable la indiferencia del legislador en esta materia, más aun cuando nos podemos atrever a decir que existe una jurisprudencia bastante extensa de nuestro Tribunal Supremo como para afirmar sin fisuras la naturaleza de la reserva de dominio como condición suspensiva de acuerdo a la tesis clásica. Posición que personalmente también apoyo por ser la función más acorde con su finalidad y el tipo de contratos en que se inserta, además de los argumentos ya dados. En cualquier caso, las escasas referencias legales han desencadenado un vacío normativo, colmado de no pocas

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 164.

opiniones doctrinales que provocan que, a día de hoy, pervivan aun latentes controversias sobre su naturaleza jurídica, con todo lo que ello conlleva. Consecuencia de lo anterior sucede que las dificultades de esta figura se extienden al poder de disposición de las partes, dando lugar a una falta de claridad sobre sus efectos en los casos en que vendedor o comprador disponen del bien a favor de un tercero.

Para poder dilucidar las facultades de disposición se ha visto como entran en juego multitud de preceptos sobre los que existen distintas interpretaciones y, no solo eso, sino que cada una de ellas otorga un alcance distinto a los efectos de la reserva de dominio para con terceros. Pese a lo anterior no debe olvidarse que no hay obstáculo a que –en todas y cada una de las hipótesis a las que nos hemos referido– tanto vendedor como comprador enajenen su titularidad *in fieri*, es decir, en los términos propios en que ostentan su derecho sometido a condición. Esto es lógico, ya que entendemos que en tales casos no se lesionan los derechos de tercero. Por ende, la titularidad del derecho del tercer adquirente quedará expectante al cumplimiento o incumplimiento del pago del precio. Igualmente claro es que la propia reserva de dominio como tal, sin publicidad, difícilmente pueda ser oponible frente a terceros, el efecto protector que se desprende, frente a todos, es que el mantenimiento de la propiedad en manos del vendedor impida al comprador disponer de ella mediante la regla “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*”, a salvo las excepciones.

Así, otra valoración que se predica de lo anterior es que la creación de los Registros, en especial el de Bienes Muebles y el de la Propiedad, ha supuesto un hito en la materia gracias al otorgamiento de publicidad a determinados negocios, como bien es la figura de la reserva de dominio, posibilitando su oponibilidad frente a terceros. Tanto es así que se aprecia como aquellos escenarios en que la reserva de dominio se inscribe carecen de problemas. En mi opinión, ello hace que se puede afirmar tajantemente que los registros públicos cumplen con su función de garantizar la seguridad jurídica, tal y como hemos puesto de manifiesto.

En sentido contrario, cuando falta la inscripción, ponemos de relieve la profunda división doctrinal acerca de preceptos sumamente fundamentales en el sistema de transmisión de la propiedad y, lo cierto, es que ello consideramos que no debe pasar desapercibido. Aquí queremos resaltar una posición a favor de varios aspectos.

Primero, un apoyo a la tesis germanista del artículo 464 y, consecuentemente, a las adquisiciones *a non domino* por virtud de este precepto dejando sin efecto la reserva de dominio sin publicidad, salvo las excepciones contenidas. Es indudable que la propiedad es un pilar básico de todas las economías, pero igualmente importante, o más, es el fomento del tráfico jurídico de los bienes. Resulta entonces que con la tesis germanista se favorece este fenómeno, siempre a favor de aquellos terceros que procedan de buena fe. Además, este efecto protector de la buena fe es coherente con el conjunto del Código Civil, donde se premia a la buena fe no sólo en la posesión estableciendo presunciones a su favor (por ejemplo, en el artículo 434 Cc), sino también en otras instituciones como es la prescripción adquisitiva, requiriendo plazos menores para su consumación cuando concurre este requisito (artículos 1955 y 1957). En definitiva, nos atrevemos a decir que debe primar la apariencia sobre la realidad si el objetivo es fomentar la economía y la seguridad del tráfico.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, también se apoya en este trabajo la tesis dualista de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria con base a los mismos argumentos. Desde luego que, en base a lo expuesto y desde mi punto de vista, ha de

rechazarse el dualismo extremo, pues es inimaginable que nuestro Derecho admitiese adquisiciones *a non domino* sin concurrir la buena fe. Entre las dos posturas restantes, el dualismo medio y el moderado, personalmente me inclino más por el dualismo moderado, pues como afirmaba la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 “*Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente*”.

En definitiva, en mi opinión la reserva de dominio debería ceder en este tipo de adquisiciones cuando se cumplan con los requisitos comentados previamente. Al margen de ello, no podemos obviar la realidad y como hemos apuntado falta una concreción por parte del legislador en estos preceptos que abarcan una materia esencial en la vida de un Estado y que provoca inseguridad jurídica en una cuestión tan trascendental como es ésta. Sea como fuere, y sin ánimo de extender más esta obra, parece ser que nos adentramos, aunque a ritmo lento, a alcanzar una postura común en cuanto a la naturaleza de la reserva de dominio sobre la base de la teoría clásica de la que cabe esperar, quizá por ser el punto de partida, una regulación que abarque otros aspectos controvertidos de esta figura.

Bibliografía.

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho Civil II*. Madrid: Edisofer.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972), “El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*. nº. 488, pp. 9-42.
- BALLARÍN MARCIAL, A. (1949), “El Registro de la Propiedad español. Separata de la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», por Rafael Núñez Lagos”. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 676-686.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1983), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen II*. Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen III*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2010), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, volumen IV*. Navarra: Civitas.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006), *La reserva de dominio inmobiliaria en el concurso*. Navarra: Civitas
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993), *Derecho inmobiliario registral o hipotecario, tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), “Artículo 1257 del Código Civil” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.) *Comentarios al Código Civil, tomo VI*. Valencia: Tirant lo blanch. pp. 9027-9033.

- GORDILLO CAÑAS, A. (2004), “El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral”. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 381-548.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984), *Derecho inmobiliario registral, elementos de Derecho Civil, III bis*. Barcelona: Bosch.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1993), “Artículo 464 del Código Civil” en DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y Otros (Dir.) *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. pp. 1240-1249.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2012), “La reserva de dominio” en BOSCH CAPDEVILA, E. (Dir.) *Nuevas perspectivas del derecho contractual*. Barcelona: Bosch. pp. 139-224.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (2000), “La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes” en NIETO CAROL, U. (Dir.): *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*. Valladolid: Lex nova. pp. 139-201
- PAU PEDRÓN, A. (1993), “Artículo 606 del Código Civil” en DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y Otros (Dir.) *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*. Madrid: Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. pp. 1532-1536
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999), *Derecho reales. Derecho hipotecario. Tomo II: derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*. Madrid: Civitas
- PINO ABAD, M. (2015), “La cláusula de reserva de dominio en los contratos de venta de bienes muebles con precio aplazado” en MORILLAS JARILLO, M. J.; PERALES VISCASILLAS, M. y Otros (Dir.) *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 1720-1739
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1994), *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*. Valencia: Tirant lo blanch.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2004), “Cobro de lo indebido, tradición y usucapión: estudio de los artículos 464 y 2897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria”. *Anuario de Derecho Civil*, nº. 3, 1003-1104
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2009), ““Ius ad rem” y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil”. *Anuario de Derecho Civil*
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2008), *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

- SÁEZ RUIZ, J. L. (2015), Tesis doctoral: *La reserva de dominio de bienes muebles*.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015), *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo blanch.

Reseñas

RECENSIÓN DE *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, GÓMEZ SALADO, M. Á., Comares, Granada, 2019, 248 pp., ISBN: 978-84-9045-833-4.

José Luis Ruiz Santamaría
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

Es una verdadera satisfacción poder recensionar el libro titulado “El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores”, publicado en 2019 dentro de la Colección «Trabajo y Seguridad Social» de la prestigiosa editorial Comares (Granada).

En esta reciente monografía que ha sido elaborada por el Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, investigador postdoctoral contratado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, se realiza un análisis crítico de un precepto especialmente complejo, polémico y ya tradicional en el ámbito del Derecho del Trabajo: el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores; un precepto que, sin duda, responde a la posibilidad de extinguir el contrato en aquellos supuestos en que los trabajadores incurren en una serie de faltas de asistencia intermitentes, aunque sean justificadas, siempre que las mismas alcancen unos determinados umbrales significativos. En este caso, el autor interpreta, además, la protección frente al despido, en cuanto que repercute de manera directa con el mantenimiento del empleo de determinados colectivos sensibles –siendo éstos el objeto de estudio del Grupo PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social” (financiado por la Junta de Andalucía–.

En la obra se puede identificar claramente una estructura que consta de *tres títulos* que vienen acompañados de un *título preliminar* y de un *título final*, a lo largo de los cuales el autor pretende y consigue, con éxito, acometer un examen jurídico y actual de la causa de despido objetivo que se basa en las ausencias del trabajador. El *primer título*, como planteamiento, cuenta con dos capítulos y aborda tanto el desarrollo del concepto de absentismo laboral como las cifras objetivas de este importante fenómeno (atendiendo a diversos estudios, informes y datos estadísticos). En el *segundo título*, en cambio, se presentan tres capítulos que se refieren a la configuración jurídica del absentismo laboral como causa del despido objetivo en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores. El *tercer título* –mucho más extenso que los anteriores– se estructura igualmente en tres capítulos diferenciados y aborda las controversias, cuestiones e interpretaciones que se han derivado de la dicción literal del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores. Por último, incluye el autor un *título final* en el que, por un lado, extrae acertadamente algunas conclusiones generales sobre el despido objetivo por absentismo laboral y en el que, por otro, realiza algunas propuestas de *lege ferenda* que podrían ser muy útiles para una futura reforma del precepto ya indicado a lo largo de esta reseña.

Con todo ello, el autor ha conseguido una obra sistemática, exhaustiva y muy completa que revela las múltiples dudas y cuestiones interpretativas que se pueden plantear (y que

precisamente se han venido planteando a lo largo de todos estos últimos años) en la práctica y que ofrece soluciones a las mismas con gran solvencia y rigor científico, cuando ello resulta necesario.

Se trata, por tanto, de una monografía de referencia que atesora excelencia y que resulta totalmente imprescindible, por un lado, para abordar un tema especialmente complejo y de innegable actualidad como es el despido objetivo por absentismo laboral. Y, por otro lado, por el gran enfoque práctico que aporta. Por todo ello, se entiende que es una obra altamente recomendable para docentes, investigadores, abogados laboristas, graduados sociales y otros especialistas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Y, desde luego, un referente obligado para los alumnos de los diferentes ciclos académicos.

RECENSIÓN DE *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., Aranzadi, Navarra, 2019, 291 pp. ISBN: 978-84-1308-078-9.

Alberto España Pérez
Contratado predoctoral
Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación han traído consigo un nuevo escenario que ha modificado por completo las relaciones sociales, pero también las laborales. El impacto de las innovaciones tecnológicas en el trabajo y las diferentes posibilidades que viabilizan los medios digitales han despertado la necesidad de regular este novedoso panorama. El reciente ordenamiento de protección de datos, conformado por el Reglamento europeo 2016/679, de 27 de abril, y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, aporta una serie de medidas para proteger los derechos de los trabajadores y establecer una serie de garantías para los mismos. Con el objeto de desmenuzar este nuevo marco normativo la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, Susana Rodríguez Escanciano, ha elaborado una interesante y didáctica obra titulada *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes* donde analiza las cuestiones jurídicas que plantean más controversias en el ámbito laboral con oportunidad de la imperante digitalización.

La autora posee una dilatada trayectoria académica. A lo largo de su carrera profesional ha compaginado sus tareas docentes con actividades de gestión universitaria y asesoramiento externo. Asimismo, casi una veintena de libros focalizados en diferentes aspectos del Derecho laboral y un centenar de artículos doctrinales publicados en prestigiosas revistas de la rama llevan su firma. Su voz se ha escuchado en más de cien conferencias de distintos foros nacionales e internacionales. Con este vasto currículum no es de extrañar que muchos de sus estudios jurídicos hayan sido agraciados con importantes premios de investigación, entre ellos, el galardón Blas Infante del Instituto Andaluz de Administración Pública o, más recientemente, el premio 8 de marzo (Igualdad de las Mujeres) otorgado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Siguiendo su línea de investigación Rodríguez Escanciano ha querido, en esta ocasión, poner en el foco de atención en los numerosos interrogantes que las nuevas tecnologías imponen a los vínculos laborales. Un escenario que trae ventajas y riesgos a partes iguales. Por ello, la obra a recensionar se divide en diez capítulos que tratan de analizar los elementos que levantan más suspicacias desde el punto de vista jurídico. Cerca de trescientas páginas donde la autora disgrega las modernas coordenadas normativas de protección de datos en el ámbito laboral, prestando especial atención a la ingente cantidad de información de los trabajadores que se generan en las organizaciones empresariales.

Así, la obra comienza con dos capítulos que contextualizan y dan cuenta del actual proceso de digitalización que está transformando el sistema tradicional de la prestación de servicios, dando lugar a un quehacer caracterizado por lo digital, hiperconectado e hiperinformado, con horarios más flexibles, pero con más exigencias de rentabilidad y cualificación. Todo ello ha

desembocado en que el lugar de trabajo sea un continuo nicho de datos personales, donde la empresa se convierte en un emisor y receptor constante de noticias, las cuales, pueden propiciar en los asalariados un clima psicosociológico de control permanente. Atrás quedaron los sistemas de vigilancia personal del trabajador, directos e inmediatos; dando lugar a métodos más invasivos por constantes y exhaustivos. Ello pone en peligro libertades públicas y derechos como la intimidad, la imagen, el secreto de las comunicaciones o la libertad informática. Consecuentemente, la privacidad del trabajador se ve seriamente amenazada debido a la precisión de los sistemas *big data* que recopilan multitud de información personal.

Tras los apartados introductorios la autora se centra en el nuevo ordenamiento de protección de datos en su aplicación al empleo asalariado. Junto a los orígenes legislativos del mismo, Rodríguez Escanciano detalla los principales avances que ha supuesto el Reglamento europeo 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos) que deroga la anterior Directiva 95/46/CE, la cual, se había quedado obsoleta frente al avance tecnológico. El texto, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 4 de mayo de 2016, es aplicable desde el 25 de mayo de 2018. Entre sus aspectos más llamativos se localizan el reconocimiento de la posibilidad de establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales en el ámbito laboral; el poder tratar categorías especiales de datos cuando sea necesario para cumplir obligaciones y ejercitar derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho Laboral; y se señala que los Estados miembros podrán establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. Tal y como apunta la autora el Reglamento contribuirá “[...] a la implantación de una cultura común de valores, libertades y derechos de los ciudadanos que, con seguridad, contribuirá al reconocimiento a favor de los trabajadores de una libertad informática, entendida en un doble sentido: como libertad de negar o de ocultar información (*the right to lie*) sobre los derechos privados carentes de relevancia para el ejercicio de una actividad laboral, y como libertad de disponer y controlar el uso de los datos insertos en un soporte informático”.

Pese a que los reglamentos son de aplicabilidad directa en todos los Estados miembros y no precisa de norma de trasposición, España ha dado luz verde a la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Esto es objeto de análisis por Rodríguez Escanciano ya que su ámbito de aplicación se extiende a las relaciones laborales donde rigen de forma ineludible los principios y garantías de la protección de datos y, además, se garantizan los denominados derechos digitales. Es más, el texto añade un nuevo párrafo al Estatuto de los Trabajadores para reconocer el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales a disposición de los trabajadores, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización.

Una vez expuesto el marco normativo vigente, la profesora pasa a centrarse en las cuestiones más interesantes que se suscitan con relación al mismo. Así, en el capítulo cuarto se especifican los principales sujetos activos del tratamiento de información personal intervinientes en el sustrato empresarial, diferenciando entre el responsable y el encargado del tratamiento y el delegado de protección de datos; en consonancia con el modelo asentado en el principio de responsabilidad activa que propugna el Reglamento europeo. Con el responsable del tratamiento se hace referencia a la persona, autoridad pública, servicio u otro organismo que determina los fines y medios del tratamiento. El encargado del tratamiento es la persona, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Éste puede decidir que los datos se gestionen en la propia empresa o hacerlo de manera externa. Por otro lado, el delegado de protección de datos es un profesional que ayuda al responsable o encargado del tratamiento a supervisar que se cumple la normativa

en la materia, informando al titular del fichero sobre sus obligaciones legales y cooperando con la autoridad de control.

A partir de ahí, Rodríguez Escanciano aborda uno de los títulos más extensos de toda la obra: la proyección del tratamiento de datos personales en el contrato de trabajo. Asunto de especial importancia ya que en el ámbito laboral el intercambio de información entre el trabajador o candidato a un empleo y el empresario es crucial, además del carácter personalísimo de la prestación del contrato de trabajo donde entran en juego valores esenciales de la persona y, por ende, este negocio jurídico puede servir para violar derechos fundamentales sobre el uso y tratamiento de la información. Por este motivo, la autora analiza los puntos esenciales en los que se basa la normativa de protección de datos para salvaguardar los derechos de los asalariados; desde el consentimiento explícito y revocable hasta el tratamiento sin consentimiento, cuestión esencial en el ámbito laboral ya que el empresario va a gozar de grandes “facilidades” para obtener el consentimiento del trabajador, de ahí, que la normativa establezca una serie de excepciones aplicables a las relaciones de trabajo donde es posible prescindir de tal requisito para la ejecución del contrato (cumplimiento de una obligación legal, interés público o legítimo, imposibilidad de condicionar el contrato al beneplácito sobre datos no necesarios para su desarrollo, datos de contacto de personas físicas al servicio de personas jurídicas y ejecución de un contrato de precontrato de trabajo). Además, se repasa en el principio de transparencia, clave del sistema de protección de datos; la licitud y la lealtad (manifestación de la buena fe).

Sin embargo, uno de los aspectos donde más hincapié hace la catedrática es en el derecho que reconoce el Reglamento europeo a los interesados de recibir copia de sus datos personales en formato electrónico y la facultad de que sea admitida su petición de transmitir los datos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el primer titular al que se los hubiera facilitado. La regulación de cesión de datos es de gran importancia debido, entre otras cuestiones, a la masiva popularización de los portales de empleo que han provocado un cambio radical a la hora de buscar trabajo. Este tipo de webs disponen de un gran volumen de información que provoca que los empresarios recurran a ellas para captar empleados y, a su vez, los demandantes de empleo acudan a las mismas por ser un método inmediato y con un amplio alcance espacial. Pero estos portales se sitúan en el límite entre la publicación de ofertas de trabajo existentes y trabajadores disponibles y la colocación lícita. La problemática jurídica que despierta esta situación es analizada por la autora tomando como referencia la diferenciación establecida por la doctrina y jurisprudencia francesa.

El capítulo sexto se dedica a los derechos subjetivos de los que dispone el trabajador, fundamentales para hacer efectivo el derecho a la protección de datos. Éstos se concretan en el derecho de acceso, de rectificación, de actualización, de cancelación y oposición. Posteriormente, se aborda el sistema interno de delación que establece la normativa y la tutela administrativa y judicial, en el título séptimo y octavo respectivamente. En este sentido, la Ley española tipifica los incumplimientos de las garantías establecidas en la propia norma que pueden cometer los responsables y encargados de los ficheros. Además, toda persona que haya sufrido un daño como consecuencia de una infracción del ordenamiento de salvaguarda de datos tiene derecho a una indemnización. En efecto, Rodríguez Escanciano disecciona este asunto teniendo en cuenta las diferentes circunstancias que se pueden dar en el orden social para la reclamación judicial de daños y perjuicios. Para ello, se toma en consideración la ley procesal social. Junto a esta tutela judicial, la protección administrativa también se erige como un mecanismo eficaz. La Agencia de Protección de Datos puede actuar como filtro al planteamiento de reclamaciones judiciales, además de ostentar las tareas de vigilancia y sanción frente a posibles incumplimientos de las garantías jurídicas en materia de protección de datos.

No obstante, existen una serie de datos que son especialmente sensibles y gozan de una protección adicional. Son aquellos que pertenecen a categorías especiales y están claramente vinculados a la dignidad y personalidad humana (etnia, raza, opinión política, religión, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, relativos a la salud, a la vida sexual o a la orientación social de las personas). La profesora repasa, en el capítulo noveno, su atención en las categorizaciones de datos con mayor incidencia en el ámbito laboral como pueden ser la pertenencia a un sindicato, el estado de salud (asunto ampliamente analizado) o los datos biométricos.

El libro cierra con un extenso capítulo dedicado a los derechos laborales *on line* teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, el uso de las tecnologías por el poder empresarial puede cercenar las prerrogativas que asisten a los trabajadores. Y es que el mundo digital en el que nos situamos ha traído consigo nuevos escenarios que debido a la velocidad a la que se suceden se precisan que los mecanismos legislativos operen con suficiente efectividad para anteponerse a ellos. No obstante, como bien señala la autora “[...] la tradicional despreocupación del legislador respecto de la problemática derivada de la generalización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha encontrado exponente fundamental en el ejercicio del poder de control empresarial, obligando a una profusa intervención de jueces y tribunales, capaz de generar contradicciones y grandes dosis de inseguridad jurídica [...]”. Este vacío legal se ha colmado, en parte, con la nueva regulación, la cual aparece explicada en la obra en su aplicación a modos usuales de operar por las empresas. Así, se expone el control informático y de las comunicaciones, ya que el desarrollo de registros sobre el ordenador, la *tablet* o el *smartphone* utilizado por el trabajador ha sido un tema polémico. La autora, muy sabiamente, recorre las aportaciones jurisprudenciales más significativas en este sentido para llegar a las novedades que trae consigo la nueva ley orgánica en materia de protección de datos. Sin embargo, aún queda cuestiones que no obtienen una respuesta clara (como por ejemplo el establecimiento de control extraordinario “ad hoc” cuando existen sospechas de actuaciones ilícitas del trabajador). Junto a ello, se examinan asuntos como la indexación de la navegación en páginas web no relacionadas con la prestación de servicios o el uso de redes sociales.

Asunto éste último de gran actualidad, pues pese a lo que pueda parecer la omnipresencia de estas aplicaciones en el devenir cotidiano ha salpicado innegablemente al ámbito laboral, de hecho, recientemente se despidió a una trabajadora que expresó a través de su perfil personal de *Facebook* su deseo de que violaran en grupo a la candidata del partido político Ciudadanos a la presidencia catalana. Por otro lado, el hallazgo de información publicada por el propio trabajador en sus redes sociales puede provocar que el poder disciplinario del empresario entre en acción. Diferentes situaciones que han motivado que el poder judicial se pronuncie sobre ellos, así, la autora divide las controversias suscitadas por el manejo de las redes sociales en seis subapartados (transgresión de la buena fe contractual durante la situación de incapacidad temporal, abusos de confianza derivados de comportamientos del trabajador estando en activo, emisión de ofensas verbales, revelación de secretos de empresa, acoso sexual, obtención de información sobre los candidatos a un puesto de trabajo).

Otro de los grandes puntos de conflicto deriva de la utilización de las videocámaras de vigilancia en las empresas, ya que esto puede ampliar los poderes del empresario y cercenar los derechos de los trabajadores. Rodríguez Escanciano parte de la doctrina jurisprudencial para abordar su traslación parcial a la nueva regulación en la materia. A su vez, la intervención de llamadas telefónicas efectuadas por el trabajador es un tema sobre el que existe fricciones entre la jurisprudencia, pues, aunque hay tribunales que admiten el control de los datos externos de las llamadas realizadas desde el puesto de trabajo también se localizan resoluciones que ponen en duda esta práctica. Por otro lado, la aparición de los sistemas de GPS ha abierto un nuevo cisma en las relaciones laborales por lo que la autora revisa las diferentes resoluciones judiciales

y las escuetas disposiciones al respecto establecidas en la ley orgánica de protección de datos para intentar arrojar luz.

Asimismo, no se puede obviar un nuevo modo de proceder de los empresarios originado por el desarrollo tecnológico que permite que los trabajadores puedan recibir órdenes e instrucciones de la empresa cualquier día de la semana y a cualquier hora. Esto ha desembocado en ciertas situaciones que no encuentran fácil acomodo en la garantía de los derechos que asisten a los trabajadores. De ahí, que la profesora diseccione las situaciones más relevantes que se producen en este sentido, teniendo en cuenta las decisiones de los jueces y su plasmación en el ordenamiento jurídico.

Por último, este extenso capítulo finaliza con un epígrafe no menos importante, el dedicado a los protocolos y normas paccionadas, ya que el Reglamento General de Protección de Datos promueve la elaboración de códigos de conducta como instrumentos de autorregulación para garantizar su cumplimiento. Un espectro donde la negociación colectiva ocupará un amplio espacio de regulación pudiendo incorporar nuevos contenidos relacionados con las tecnologías y donde se podrán adicionar garantías a los estándares de protección previstos por la Ley en relación al tratamiento de los datos personales, pues como bien señala la autora, “[e]s importante recalcar, por tanto, la conveniencia de acordar estos códigos con los representantes de los trabajadores, pues en otro caso, si se elaboran unilateralmente por la empresa, no serán más que meras manifestaciones del poder de dirección ordinario [...]”.

En definitiva, *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes* constituye una obra de vital importancia en estos tiempos donde las nuevas tecnologías han invadido por completo la vida diaria y, especialmente, en el ámbito laboral donde la problemática jurídica es palpable. Y es que la llegada de la sociedad digital se ofrece altamente ventajosa, pero esto no puede suponer una merma de los principios generales del Derecho del trabajo, más bien al contrario, ahora se necesita más que nunca su esplendor. Con este objetivo la catedrática Susana Rodríguez Escanciano consigue ofrecer un estudio riguroso, didáctico y dinámico basado en una amplia bibliografía y un análisis minucioso de la doctrina jurisprudencial.

RECENSIÓN DE *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, RUIZ SANTAMARÍA, J.L., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 230 pp., ISBN: 978-84-1309-810-4.

Miguel Ángel Gómez Salado
Investigador Postdoctoral Contratado
Acreditado como Profesor Contratado Doctor por la ANECA
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

La adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad es un asunto de enorme actualidad y que preocupa no sólo en el ámbito jurídico nacional e internacional, sino también a nivel interdisciplinar. Por este motivo y, con carácter previo, quisiera expresar el gran honor que me corresponde poder reseñar el libro que, con el título *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, ha sido recientemente publicado en la colección “Estudios” de la prestigiosa editorial Thomson Reuters Aranzadi¹.

En esta obra, su autor el Dr. José Luis Ruiz Santamaría, profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga, afronta el estudio del tratamiento de la discapacidad mediante el análisis de las insuficiencias institucionales y los vacíos de justicia –que corresponde a un novedoso enfoque denominado “justicia relacional²”– y desde la concurrencia de dos parcelas jurídicas diferentes: la discapacidad y la prevención de riesgos laborales.

Se trata de una investigación en la que, además de quedar patente su carácter reivindicatorio y el compromiso de su autor por la defensa de los derechos del colectivo integrado por las personas trabajadoras con discapacidad, se profundiza en el examen y en la búsqueda de posibles soluciones a los problemas de estas personas que, por su discapacidad, necesitan tanto medidas de adaptación en su puesto de trabajo como una protección general adecuada. El hecho de que su tratamiento doctrinal sea prácticamente nulo³ y la enorme relevancia que ha adquirido el estudio de la discapacidad en los últimos tiempos, especialmente, a partir de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, responde a la decisión de este autor de abordar el problema planteado como una cuestión, ante todo, “de justicia social, desde la perspectiva de derechos, de capacidades, de desarrollo, enmarcado todo ello en un contexto relacional”, que es también el contexto interdisciplinar. Por ello, la orientación de

¹ En referencia a la calidad de la publicación, se quiere subrayar que, en la actualidad, la editorial Thomson Reuters Aranzadi ocupa la primera posición del ranking SPI (Scholarly Publishers Indicators) en la categoría de Derecho.

² Para profundizar sobre el enfoque de «justicia relacional», puede consultarse la siguiente reseña: GÓMEZ SALADO, M.A., “Recensión de Justicia relacional y principio de fraternidad, MÁRQUEZ PRIETO, A. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2017, 388 pp., ISBN: 978-84-9177-347-4”, Revista jurídica de investigación e innovación educativa (REJIE), núm. 18, 2018, págs. 137-138.

³ Constatándose en este sentido la exigua existencia de referencias bibliográficas que aborden este tema de estudio.

justicia, en el marco de relaciones jurídico-sociales, se ha pensado no sólo como delimitación, sino también como contribución o aportación a la comprensión del fenómeno de conjunto.

La estructura del estudio se distribuye en cinco capítulos. En el primero se hace un recorrido sobre la idea de discapacidad, sus paradigmas y sus modelos a lo largo de la historia. En el capítulo siguiente se analiza el fenómeno de la discapacidad en el contexto de la prevención de riesgos laborales desde una orientación de justicia; precisamente, es aquí donde se encuadra la doble acotación –a la que se ha hecho referencia con anterioridad– en la confluencia entre el ámbito de la discapacidad y el de la prevención de riesgos laborales. En los tres capítulos restantes, se afrontan, desde una perspectiva eminentemente práctica, las insuficiencias y vacíos de justicia en distintas fases y situaciones concretas de falta de adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad. Por un lado, en el capítulo tercero, se analiza de forma general dicho problema en relación al empleo y al mercado de trabajo; mientras que, de forma más específica, los dos últimos capítulos se refieren, respectivamente, al desarrollo de la relación laboral y a su posible extinción por discapacidad sobrevenida, incluyendo propuestas orientadas a reducir los vacíos de justicia.

Finalmente, puede advertirse que no se trata de un problema de legalidad, sino de justicia (social y relacional). Y en este sentido, la proposición o premisa principal que el Prof. José Luis Ruiz Santamaría hace en esta investigación es la insuficiencia de la institucionalidad normativa si se acude a ella como dimensión única, por ser dicha insuficiencia la que genera vacíos de justicia, y ofreciéndose en este sentido soluciones posibles y pautas de mejora que abarcan diversos aspectos de forma muy completa.