

REJIE NUEVA ÉPOCA

Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Nº 29 · Julio 2023

Presentación al núm. 29

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

Turnitin no es un robot de cocina y Snapchat no es una herramienta de ocio: nuevos retos en la docencia universitaria

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el covid-19: algunas experiencias prácticas desarrolladas en la asignatura de Filosofía del Derecho

FERNANDO CENTENERA SÁNCHEZ-SECO

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ejercer como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno Central. Un análisis de la afectación del fenómeno a la realidad constitucional española

PENÉLOPE OLIVA BOZA

El sector eléctrico español: especial referencia a los consumidores vulnerables y al bono social

ÁLVARO SÁNCHEZ GÓNGORA

Cultura jurídica en Colombia: Interacciones con la educación, la historia y la sociedad del país

PEDRO ANÍBAL DELGADO RODRÍGUEZ Y NYDIAN YANETH CONTRERAS RODRÍGUEZ

RESEÑAS

RECENSIÓN DE CARO GÁNDARA, R. (DRA.), SALAS PORRAS, M. Y VIGO SERRALVO, F. (COORDS.), *El valor de la Justicia en las metodologías activas de aprendizaje*. Laborum. Murcia, 2022, 260 pp.
por M.ª JESÚS ELVIRA BENAYAS

RECENSIÓN DE SÁNCHEZ FRÍAS, A. *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 252 pp. por EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



FACULTAD DE
DERECHO

La *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, Nueva Época (REJIE Nueva Época)* pretende abrir “un espacio virtual”, tanto a nivel nacional como internacional, de reflexión y debate en torno a dos ejes diferenciados: de una parte, la actividad docente universitaria en el ámbito de las disciplinas jurídicas, y, de otra, la investigación sustantiva en cualquier campo del Derecho, dirigiéndose a investigadores, docentes, estudiantes y público en general interesados en estas temáticas.

REJIE Nueva Época es una revista electrónica de acceso abierto y periodicidad semestral, que publica trabajos tanto en castellano como en otros idiomas (inglés, francés, portugués, italiano), arbitrada bajo el sistema de revisión por pares a doble ciego. Se estructura en tres secciones: la primera relativa a la innovación educativa y las metodologías docentes; la segunda dedicada a trabajos de investigación sustantiva; y la tercera, a reseñas de obras jurídicas de reciente publicación.

Las opiniones expuestas en los trabajos y colaboraciones publicadas en la *REJIE Nueva Época* son de la exclusiva responsabilidad de sus autores/autoras.

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

Editor

Universidad de Málaga

e-ISSN

1989-8754

<https://revistas.uma.es/index.php/rejienuevaepoca>

REJIE **NUEVA ÉPOCA**

Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa

Número 29
Julio 2023

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

JOSE FRANCISCO ALENZA GARCIA, Universidad Pública de Navarra; JUAN MANUEL AYLLÓN DÍAZ GONZÁLEZ, Universidad de Málaga; MARIBEL CANTO-LÓPEZ, University of Leicester (United Kingdom); BELÉN CASADO CASADO, Universidad de Málaga; MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS, Universidad Autónoma de Madrid; ELISA GARCÍA LUQUE, Universidad de Málaga; INMACULADA GONZÁLEZ CABRERA, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria; NICOLA GULLO, Università degli Studi di Palermo (Italia); MABEL LÓPEZ GARCÍA, Universidad de Málaga; ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO, Universidad de Málaga; SUZANA TAVARES DA SILVA, Universidade de Coimbra (Portugal); PATRICIA ZAMBRANA MORAL, Universidad de Málaga.

Comité científico

Comité científico nacional

ROCÍO CARO GÁNDARA, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Málaga; MARÍA E. GÓMEZ ROJO, Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Málaga; JUAN JOSÉ HINOJOSA TORRALVO, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Málaga; RAFAEL LARA GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Pública de Navarra; M.^a BELÉN MALAVÉ OSUNA, Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad de Málaga; LORENZO MELLADO RUIZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería; JAVIER PLAZA PENADÉS, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia; SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de León; ÁNGEL RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga; JOSEFA DOLORES RUIZ RESA, Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada; ÁNGEL SÁNCHEZ BLANCO, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga; JOSÉ M.^a SOUVIRÓN MORENILLA, Catedrático Emérito de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga; ÁNGEL VALENCIA SAIZ, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración, 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); 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); GABOR HAMZA, Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Romano, Universidad Eötvös 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); HARRY E. VANDEN, Catedrático de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, University of South Florida, Tampa, (Estados Unidos).

Presentación al núm. 29

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

INNOVACIÓN EDUCATIVA Y METODOLOGÍAS DOCENTES

Turnitin no es un robot de cocina y snapchat no es una herramienta de ocio: nuevos retos en la docencia universitaria

ALEJANDRA SELMA PENALVA	11
-------------------------------	----

Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el covid-19: algunas experiencias prácticas desarrolladas en la asignatura de Filosofía del Derecho

LAURA CABALLERO TRENADO	27
-------------------------------	----

INVESTIGACIÓN SUSTANTIVA

El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ejercer como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno Central. Un análisis de la afectación del fenómeno a la realidad constitucional española

PENÉLOPE OLIVA BOZA	43
---------------------------	----

El sector eléctrico español: especial referencia a los consumidores vulnerables y al bono social

ÁLVARO SÁNCHEZ GÓNGORA	79
------------------------------	----

Cultura jurídica en Colombia: Interacciones con la educación, la historia y la sociedad del país

PEDRO ANÍBAL DELGADO RODRÍGUEZ Y NYDIAN YANETH CONTRERAS RODRÍGUEZ	103
--	-----

RESEÑAS

RECENSIÓN DE CARO GÁNDARA, R. (DRA.), SALAS PORRAS, M. Y VIGO SERRALVO, F. (COORDS.). *El valor de la Justicia en las metodologías activas de aprendizaje*, Laborum. Murcia, 2022, 260 pp.

por M.ª JESÚS ELVIRA BENAYAS	121
------------------------------------	-----

RECENSIÓN DE SÁNCHEZ FRÍAS, A., *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 252 pp.

por EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA	125
----------------------------------	-----

PRESENTACIÓN AL NÚMERO 29

Nos alegramos de presentarles el N.º 29 de la REJIE, Nueva época. En este número se han publicado un total de cinco artículos, dos en el bloque de innovación educativa y tres en el bloque de investigación sustantiva. Además, el número se cierra con dos recensiones.

En el bloque sobre innovación docente, el primer artículo se titula “Turnitin no es un robot de cocina y Snapchat no es una herramienta de ocio: nuevos retos en la docencia universitaria” y ha sido escrito por Alejandra Selma Penalva, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Este artículo con su original y sugerente título versa sobre las asignaturas obligatorias de TFG y TFM que los títulos universitarios surgidos a raíz de la puesta en marcha del Plan Bolonia contemplan. Tras más de diez años transcurridos desde la introducción de estas nuevas asignaturas en el modelo universitario español, la autora hace una exposición de los nuevos retos que es preciso abordar. Especialmente, muestra su preocupación desde la labor del alumnado en la medida en que estos han de elaborar su trabajo final de investigación, y en esta labor surgen también múltiples estrategias de fraude antes desconocidas a través de las que se intenta minimizar el esfuerzo invertido. El análisis se completa desde la óptica de la labor de los docentes, pues, además de supervisar la calidad del trabajo, nos vemos, éticamente obligados, a comprobar también la autoría de los textos presentados. El trabajo plantea originales propuestas y alternativas que podrían atenuar los efectos perversos, mejorando el nivel de formación de los estudiantes sin provocar una sobrecarga de trabajo de los docentes.

El segundo artículo titulado “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el COVID-19: algunas experiencias prácticas desarrolladas en la asignatura de Filosofía del Derecho” ha sido elaborado por Fernando Centenera Sánchez-Seco, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá. Este trabajo, aprovechando la situación que existía al final del curso académico 2020-2021, recoge varias prácticas realizadas en la asignatura de Filosofía del Derecho, en torno a los valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, consideradas a propósito de diferentes circunstancias vividas durante la pandemia del COVID-19. En las actividades que describe el autor se abordan temas como la obligación de llevar mascarillas establecida normativamente, la prioridad otorgada a determinados colectivos en la estrategia de vacunación, los problemas lingüísticos de algunos preceptos relativos al confinamiento, la inestabilidad normativa en la regulación del uso de las mascarillas, o la escasez de vacunas para las personas que viven en países pobres. El autor analiza no sólo cómo estos contenidos han sido objeto de evaluación en pruebas escritas, y también en las participaciones desarrolladas en clase, sino también, la opinión del alumnado sobre las actividades realizadas, y también las percepciones que tuvieron los docentes a medida que se fueron desarrollando las prácticas.

El bloque dedicado a la investigación sustantiva se inicia con el estudio realizado por Penélope Oliva Boza, Investigadora predoctoral en formación en el área de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga que lleva por título “El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ejercer como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno Central. Un análisis de la afectación del fenómeno a la realidad constitucional española”. La autora se marca como objetivo en su trabajo determinar en cuántas ocasiones, en los últimos 25 años, quiénes se encargan de administrar Justicia deciden poner en pausa su carrera para ostentar un cargo político y posteriormente regresar a su función judicial. La autora pretende analizar este fenómeno para determinar su trascendencia y si tiene tal entidad para configurarlo como una “puerta giratoria” entre la Justicia y la política en España. El trabajo se estructura en cuatro epígrafes, a los que se suman el primero introductorio y el último dedicado a extraer conclusiones. El primero de ellos se destina a aclarar la metodología seguida para realizar el trabajo. El segundo analiza empíricamente la trascendencia del fenómeno en el panorama español actual, determinando qué jueces y fiscales han protagonizado el retorno a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber ostentado un cargo en el Gobierno de la Nación. El tercer apartado estudia los mecanismos que

se han ido habilitando para pasar de un sector a otro, hasta llegar a la actual situación administrativa de servicios especiales. En este epígrafe la autora se detiene especialmente en el análisis de la relación de la regulación actual con los principios constitucionales, especialmente con las restricciones de los artículos 117 y 127 CE y la exigencia de imparcialidad, imperante en ambas Carreras (Judicial y Fiscal), y en los instrumentos puestos al servicio de la salvaguarda de esa imparcialidad. La evolución en el tiempo de este mecanismo de tránsito y la suficiencia o insuficiencia de su regulación vienen a conformar el epicentro del estudio. En el cuarto, y último punto, se hace un breve estudio de aquellos instrumentos de *soft law* que tienen aplicabilidad en lo que a la afectación de la imparcialidad se refiere, a nivel tanto nacional como supranacional. Estos instrumentos sirven para interpretar la regulación vigente, y contribuyen a determinar si el fenómeno del retorno a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber pasado por el Ejecutivo en España está suficientemente regulado o no, dando, la autora, respuesta a esta pregunta.

El segundo artículo de este bloque lleva por título “El sector eléctrico español: especial referencia a los consumidores vulnerables y al bono social” y ha sido realizado por Álvaro Sánchez Góngora, egresado del Máster en Abogacía por la Universidad de Málaga (2021-2023). Este artículo es el resultado de su TFM que fue dirigido por la dra. Castro López y obtuvo la máxima calificación de matrícula de honor. El autor, de forma brillante, sintetiza con coherencia cómo el sector eléctrico español ha cambiado durante los últimos 25 años. Cómo de ser en el siglo XX un servicio público controlado por el Estado, se ha ido liberalizando y dando cabida a la competencia privada. Como consecuencia de ello, el autor se adentra en las llamadas obligaciones de servicio público para asegurar el acceso a la energía para toda la población y muy especialmente en la obligación que tienen las empresas de financiar parte de la factura de la luz de los denominados consumidores vulnerables. El autor argumenta como ésta figura, a su juicio, no es suficiente para eliminar la pobreza energética y cómo España debe desarrollar una política pública más efectiva para erradicar esta realidad.

El tercer y último artículo lleva por título “Cultura jurídica en Colombia: Interacciones con la educación, la historia y la sociedad del país” y está escrito por dos autores: Pedro Aníbal Delgado Rodríguez, doctor en ciencias jurídicas e investigador de la Universidad de Granada y Nydian Yaneth Contreras Rodríguez, doctora en ciencias sociales y docente investigadora en la Universidad Pontificia Bolivariana. Los autores en su trabajo hacen un estudio de carácter histórico en el que describen el contexto sociocultural en que se desarrolló la educación jurídica superior en Colombia y sus principales características. Los principales resultados obtenidos giran en torno a la identificación de la excepcionalidad, el formalismo y la hibridez como las principales características de la cultura jurídica colombiana. Así como que la cultura jurídica y la educación jurídica estuvieron influidas en gran medida por tradiciones académicas e instituciones fundadas durante la época colonial.

El presente número de nuestra Revista se cierra con dos reseñas. La primera, ha sido realizada por M.^a Jesús Elvira Benayas, Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, sobre la obra colectiva “El valor de la Justicia en las metodologías activas de aprendizaje”, dirigida por Rocía Caro Gándara, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Málaga y coordinada por María Salas Porras, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Francisco Vigo Serralvo, Profesor Ayudante Doctor del mismo departamento. La obra colectiva está publicada en el año 2022 en Ediciones Laborum, Murcia.

La segunda recensión ha sido elaborada por Eduardo Jiménez Pineda, Profesor Sustituto (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Internacional Público de la Universidad de Córdoba sobre la obra “Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea”, monografía de Alejandro Sánchez Frías, Profesor Permanente Laboral de Derecho internacional Público de la Universidad de Málaga. La obra está publicada en 2023 por la editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Concluyo la presentación agradeciendo a los autores del número su confianza por enviarnos sus trabajos para ser publicados en esta Revista y a los lectores por recurrir a nosotros para seguir aprendiendo.

Carmen María Ávila Rodríguez
Subdirectora académica de la REJIE, Nueva época.

Innovación educativa y metodologías docentes

TURNITIN NO ES UN ROBOT DE COCINA Y SNAPCHAT NO ES UNA HERRAMIENTA DE OCIO: NUEVOS RETOS EN LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

Turnitin is not a food processor and Snatchat is not a leisure tool: new challenges in university teaching

Recibido: 23 de abril de 2023

Aceptado: 7 de julio de 2023

Alejandra Selma Penalva
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
aselma@um.es
Universidad de Murcia

RESUMEN

En los modernos planes de estudios, las asignaturas de TFG y TFM forman una parte esencial e insustituible del plan de estudios, presentándose siempre como asignaturas obligatorias y no optativas de los títulos universitarios surgidos a raíz de la puesta en marcha del Plan Bolonia. A lo largo de los más de diez años transcurridos desde la introducción de estas nuevas asignaturas en el modelo universitario español, se han estado planteando nuevos retos que es preciso abordar. Y es que, al mismo tiempo que surge una nueva responsabilidad para el alumnado, como es la de elaborar su trabajo final de investigación, surgen también múltiples estrategias de fraude antes desconocidas a través de las que se intenta minimizar el esfuerzo invertido.

Este es el motivo que hace que los docentes españoles, además de supervisar la calidad del trabajo, se vean éticamente obligados a comprobar también la autoría de los textos presentados. En el presente trabajo se analiza esta situación y se plantean propuestas y alternativas que podrían atenuar sus efectos perversos, mejorando el nivel de formación de nuestros estudiantes sin provocar una sobrecarga de trabajo de nuestros docentes.

PALABRAS CLAVE

antiplagio, trabajo autónomo, investigación, citas, suspender.

ABSTRACT

In modern curricula, TFG and TFM forms an essential and irreplaceable part of the curriculum, and are always presented as compulsory subjects and not optional subjects in the university degrees that have arisen as a result of the implementation of the Bologna Plan. Throughout the more than ten years that have passed since the introduction of these new subjects in the Spanish university model, new challenges have been arising that need to be addressed. And the fact is that, at the same time that a new responsibility arises for students, such as that of preparing their final research work, multiple previously unknown fraud strategies also emerge through which they try to minimize the effort invested.

This is the reason why spanish professors, in addition to supervising the quality of the work, are ethically obliged to check the authorship of the texts submitted. This paper analyzes this situation and make proposals that could reduce its perverse effects, improving the level of training of our students without causing a work overload for professors.

KEYWORDS

anti-plagiarism, freelance work, research, citations, fail.



Sumario: 1. Consideraciones previas: sistemas antiplagio en la investigación académica. 2. Luces y sombras del modelo. ¿Sabemos realmente utilizarlo y explorar todas sus posibilidades? 2.1. ¿Quién se ha de encargar de realizar este control de autoría? 2.2. ¿Se encuentran en realidad todas las fuentes plagiadas? 2.3. ¿Qué porcentaje de coincidencias es sospechoso? 2.4. ¿Cuándo se ha de suspender el TFG o TFM por plagio? 3. El trabajo autónomo del estudiante a debate ¿realmente hemos alcanzado los resultados esperados? 4. Propuesta de alternativas eficaces. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Consideraciones previas: sistemas antiplagio en la investigación académica.

Nadie discute que, en el seno de cada disciplina, cada año, pueden proponerse líneas de investigación novedosas, llamativas y profesionalmente útiles para que los estudiantes realicen investigaciones potencialmente atractivas y que además sirvan para desarrollar las habilidades profesionales del estudiante. Lo que no es tan fácil es determinar qué ocurre cuando, por medio de artimañas maliciosas del propio estudiante, este tipo de iniciación a la investigación no logra alcanzar los resultados para los que estaba previstos. Y esto ocurre porque muchas veces resulta muy difícil demostrar la existencia de fraude, por lo que pasan desapercibidas las deficiencias del sistema.

Teóricamente, un trabajo fin de estudios (TFG o TFM) intenta ser el broche final con el que un estudiante finaliza sus estudios, plasmando en papel el conocimiento adquirido a lo largo del transcurso de la titulación aplicado al análisis crítico y constructivo de una concreta cuestión propia de la disciplina profesional a la que se dedicará al finalizar sus estudios. Este tipo de TFG y TFM, bien entendidos, dan la oportunidad al estudiante de profundizar al máximo en materias muy concretas de su plan de estudios, a las que se les presuponga una especial utilidad profesional futura, profundizar en ideas de negocio que puedan aplicar una vez titulados con carácter profesional, o incluso, estudiar y analizar cuáles son los retos sociales y profesionales a los que se enfrentarán en su respectiva profesión, al mismo tiempo que se plantean propuestas de solución, desde una perspectiva tanto teórica como práctica.

Ahora bien, aunque su finalidad teórica es sin duda impecable ¿realmente en la práctica están consiguiendo los objetivos que pretendían? ¿El modelo seguido realmente es eficaz? Y lo más importante de todo ¿nuestros estudiantes están verdaderamente concienciados del importantísimo potencial profesional que puede aportarles el esfuerzo invertido en la preparación de su trabajo de fin de estudios? Posiblemente, un elevado porcentaje de profesorado universitario, en el caso de ser consultados, responda negativamente a las tres cuestiones planteadas. Y es que diez años después de que este tipo de contenidos se introdujese por primera vez en los planes de estudios universitarios españoles, ya estamos preparados para poner de manifiesto no solo las fortalezas que en un primer momento, desde un punto de vista teórico, justificaron su introducción en las titulaciones españolas, sino también, las importantísimas debilidades de las que adolecen. Tanto es así, que quizá, en ciertas titulaciones, ha llegado el momento de realizar un análisis crítico de este tipo de contenidos académicos, reestructurando su planificación o incluso, valorando su sustitución por herramientas más eficaces.

El contexto social, cultural y, sin duda, tecnológico actual es muy diferente a aquel en el que se gestaron los TFG y TFM como parte del plan de estudios de las titulaciones universitarias. En una sociedad digitalizada en la que las inteligencias artificiales, hasta hace poco inexploradas, ganan terreno a pasos brutalmente agigantados, en cuanto a número de usuarios y sectores de actividad en los que pueden aplicarse, ha llegado el momento de admitir lo que hasta hace muy poco tiempo era sólo una utopía: que ciertas aplicaciones informáticas son capaces de sustituir el trabajo humano, sin dejar apenas pruebas de ello,

sustituyendo el trabajo de investigación que hubiera debido llevar a cabo un estudiante, creando textos originales e inéditos, pero no de autoría propia del estudiante que los presenta, aunque sea muy difícil demostrarlo. Herramientas como Snapchat o Chat GPT consiguen ahora lo que durante muchos años fue impensable¹.

Y no solo eso: imaginando que el TF consigue el objetivo para el que está destinado de enseñar al alumno a buscar información, citar bibliografía, exponer un tema de forma estructurada, plantear conclusiones razonadas, etc. ¿verdaderamente le va a servir esto en su carrera profesional? No en todas las ramas de actividad los profesionales tienen que realizar trabajos de investigación. Al contrario, posiblemente se trata de un aprendizaje que no tendrá incidencia alguna sobre el desempeño profesional futuro del estudiante. Y es que ¿qué porcentaje del alumnado universitario decide finalmente dedicarse de forma profesional a la investigación académica? ¿No sería más útil reforzar quizá la vertiente práctica de los títulos universitarios por medio de otro tipo de estrategias?

Pero si el propio papel de los TFG y TFM en los respectivos planes de estudios puede ser controvertido, la desconfianza respecto a esta metodología docente aumenta todavía más si cabe desde el momento en el que se admite que son un terreno idóneo para que prosperen diversos fenómenos de fraude difíciles de detectar. Surgen entonces herramientas específicas para hacer frente a estas nuevas necesidades docentes: las aplicaciones antiplagio, entre las cuales, la más conocida es Turnitin².

Se trata de un programa informático que permite reconocer porcentajes de coincidencias entre múltiples textos que se encuentran en sus bases de datos, identificando la fuente exacta con la que se encuentra la similitud. Tanta es su utilidad que se utiliza hoy en día no solo para garantizar la originalidad de los TFG y TFM presentados, sino también las tesis doctorales³, e incluso, los artículos presentados a evaluación en revistas especializadas. En ciertos ámbitos, el informe de coincidencias emitido por Turnitin se convierte en un requisito imprescindible para poder completar el depósito del trabajo, sustituyendo así a la clásica declaración jurada.

Ahora bien, se ha de ser consciente que Turnitin por el momento no detecta los trabajos elaborados por inteligencias artificiales, lo que hoy se convierte en un grave problema: aunque al principio se pudo pensar que las inteligencias artificiales capaces de redactar trabajos académicos iban a tener un coste tan elevado que las haría inaccesibles para el alumnado y que además, los trabajos redactados por ellas tendrían poca calidad científica y por tanto, serían fácilmente detectables por cualquier lector, la práctica demuestra que esto

¹ Sobre las aplicaciones del Snatchat en la sociedad moderna, véase PÉREZ REY, J., “Snapchat: luces y sombras en el arcoíris”, *Interactiva: Revista de la comunicación y el marketing digital*, nº. 177, 2016 (Ejemplar dedicado a: Agencias digitales. ¿Dónde está la magia?), págs. 56-61, soporte informático.

² Pero hay muchas más: CopyLeaks, CopyScape, Dupli Checker, Plagiarisma, Paper Rater, Plagium, entre otras. Sobre la utilidad de estas nuevas herramientas informáticas en la docencia universitaria, véase MATÍAS PEREDA, J. Y LANNELONGUE NIETO, G., “Técnicas de ayuda en el proceso de aprendizaje: el caso de los sistemas anticopia”, *Education in the knowledge society (EKS)*, vol. 14, nº. 1, 2013, págs. 170-188. También, GONZÁLEZ ALCAIDE, G., GÓMEZ FERRI, J., CORONA SOBRINO, C. y GONZÁLEZ TERUEL, A., “Discurso y práctica del plagio entre el alumnado universitario”, en AAVV, *Libro de Actas del X Congreso Universitario Internacional sobre Contenidos, Investigación, Innovación y Docencia (CUICIID 2020)*, Caldevilla Domínguez (ed. lit.), Forum XXI, Madrid, 2020.

³ FUENTES, M., “Instrumentos de evaluación para verificar originalidad de investigación en tesis”, *Revista Innova Educación*, vol. 1, nº. 3, 2019, págs. 400-410.

GÓMEZ ESPINOSA, M., CLAVEL SAN EMETERIO, M. y NAVARIDAS NALDA, F., “Percepciones sobre el plagio académico en un contexto de enseñanza digital universitaria”, *Bordón: Revista de pedagogía*, vol. 74, nº 1, 2022, págs. 45-62.

no es así: son muchas las aplicaciones existentes en el mercado que a bajo coste (o incluso de forma totalmente gratuita), permiten obtener resultados prácticamente perfectos, siendo para el ojo humano indetectable la autoría real del escrito. Es por tanto que el valor de comprobación de las herramientas antiplagio decae de forma exponencial conforme avanza, a efectos tecnológicos, nuestra sociedad.

2. Luces y sombras del modelo. ¿Sabemos realmente utilizarlo y explorar todas sus posibilidades?

Las herramientas antiplagio llenan un vacío que históricamente ha existido en lo que concierne a la presentación de trabajos originales por parte del alumnado y respecto a los que no existía otra forma de control de legalidad diferente a la propia intuición de tutores y tribunales. En cambio ahora, en pleno siglo XXI, la situación ha cambiado radicalmente: aprovechando la infinidad de datos a los que se puede acceder a través de Internet, este tipo de aplicaciones informáticas analizan millares de textos con el fin de extraer las posibles coincidencias, realizando un trabajo que sería totalmente inabarcable para un ser humano. Ahora bien, pese a sus notorias ventajas, no se puede negar el hecho de que este tipo de aplicaciones también presenta ciertos inconvenientes, algunos de ellos bastante serios. A estos efectos, hay que reconocer que gran parte de estas deficiencias no provienen de defectos en el funcionamiento de la propia aplicación, sino que están provocadas por el desconocimiento de la aplicación en cuestión por parte de docentes y estudiantes, lo que provoca errores en su manejo e impide explotar todas sus utilidades. Aunque, en muchas ocasiones, estos inconvenientes podrían tener una fácil solución, hay veces en las que esto no es posible. A continuación se mencionan algunas de las dificultades más significativas a las que se enfrenta el sistema:

2.1. ¿Quién se ha de encargar de realizar este control de autoría?

Pero si descargar en un ordenador una inteligencia artificial con capacidad de recopilar datos y redactar textos es un proceso cada vez más sencillo, accesible a un coste ínfimo para cualquier usuario, no ocurre lo mismo con algunas de las aplicaciones informáticas encargadas de detectar los plagios: es el caso de Turnitin. Para poder tener acceso a ella, no sólo se necesita registro y clave, sino que su servicio tiene un precio elevado, difícil de asumir para un alumno. Incluso, cuando las propias universidades se encargan de financiar esta herramienta, no siempre permiten el acceso al alumnado, con el fin de no colapsar el sistema. Tampoco hay personal de administración y servicios suficiente como para encomendarles esta tarea, teniendo en cuenta el elevadísimo número de estudiantes que cada año defienden su trabajo fin de estudios, por lo que se trata de un nuevo cometido que va a recaer sobre los hombros del docente.

Pero para desarrollar correctamente estas nuevas tareas, resulta imprescindible recibir formación especializada que asegure un manejo correcto de la aplicación evitando los fallos en los que incurren los usuarios que desconocen el sistema. En resumen: realizar el mismo trabajo implica un esfuerzo cada vez mayor sin recibir ninguna compensación a cambio, lo que sin duda provoca serios recelos sobre el nuevo modelo. Este es principalmente el motivo que hace que, en la práctica, el informe de Turnitin se haya establecido como requisito imprescindible para realizar el depósito de una tesis doctoral pero no cualquier otro trabajo de finalización de estudios, respecto a los cuales, por el momento, en muchas universidades, hacer este tipo de comprobaciones no es más que una facultad potestativa que queda en manos del tutor, el tribunal o el propio estudiante, si es que, directa o indirectamente tiene acceso a la aplicación.

Ante esta situación, surgen las siguientes preguntas: ¿no debería establecerse el informe de Turnitin como un requisito previo al depósito de todo trabajo fin de estudios? Y si esto fuera así, ¿cómo no se ha planteado por el momento asignar recursos personales específicos, especializados en la materia, que centralicen todas las peticiones? De hecho, podría pensarse en designar, entre el personal de administración y servicios de cada Facultad, una persona en cada centro que, al menos durante las fechas reservadas para el depósito de este tipo de trabajos, asuma la realización de estas tareas de supervisión y control de la originalidad de los textos (como podría ser la asignación temporal de cierto personal adscrito a la biblioteca universitaria, familiarizado con este tipo de trámites). Incluso, si no fuese posible aplicar la vía anterior, podría barajarse la creación de un vicedecanato específico que se ocupe de realizar, de forma individualizada, este tipo de comprobaciones y tomar, en caso necesario, las medidas legales oportunas... Pero, si se apostase por este sistema, ¿verdaderamente merecería la pena el ingente esfuerzo invertido en llevarlo a cabo? ¿Realmente nos va a aportar una información tan valiosa, habida cuenta de que, en las inteligencias artificiales tenemos el mayor enemigo al trabajo autónomo del estudiante?

2.2. ¿Se encuentran en realidad todas las fuentes plagiadas?

Por muy completa que quiera ser la aplicación Turnitin, siempre quedan lagunas⁴. Así por ejemplo, citando solo algunas de ellas:

La plataforma solo detecta las coincidencias exactas de palabras, por lo que, si se plagia un texto escrito en otra lengua y se traduce, pasará inadvertido⁵. Se podrá dar lugar a situaciones en las que exista un elevadísimo porcentaje de coincidencia con las apreciaciones vertidas ya por otro autor, pero en cuyos resultados será sin duda indetectable la coincidencia existente.

También serán indetectables, pese a ser fraudulentos, los trabajos realizados en el seno de una academia de estudios como parte de las clases de refuerzo que ciertos estudiantes reciben. Y es que se tratará de un texto nunca difundido, hasta ese momento, aparentemente original, pero en realidad, no escrito por la persona que dice ser. De hecho, se ha comprobado que, en los últimos años, este tipo de academias que ofrecen, a cambio de un módico precio, ayuda cualificada en la elaboración de estos trabajos de fin de curso, desde la implantación del modelo Bolonia en nuestras Universidades, han registrado un volumen de actividad antes impensable⁶.

Igual escapatoria sin duda disfrutaban los TFM y TFG defendidos en Universidades de otras Comunidades autónomas (o incluso de otro país), y que posteriormente el alumnado presente de nuevo, fingiendo no solo que se trata de un texto original, sino de autoría propia. Y es que, al no ser accesibles al público en general los TFG y TFM defendidos en nuestro

⁴ Como pone de manifiesto DÍAZ ARCE, D., “Herramientas “antiplagio”: ¿son confiables? Estudio de casos”, *EduTec: Revista electrónica de tecnología educativa*, nº. 61, 2017, soporte informático. Tema que el mismo autor completa en: “Plagio académico en estudiantes de bachillerato: ¿qué detecta TURNITIN?”, *RUIDERAE: Revista de Unidades de Información*, nº. 9, 2016, soporte informático.

⁵ Aspecto que ya destacaba JURADO NAVAS, A. MUÑOZ LUNA, R., y STROO, S., “Algunas conclusiones derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza/aprendizaje en idioma no nativo”, *Boletín Redipe*, vol. 5, nº. 7, 2016, págs. 59-72

⁶ Basta una aproximación a cualquier portal de anuncios para comprobar el elevadísimo número de ofertas que, en todas las áreas académicas, garantizan un trabajo único y original a un módico precio.

país (ni tampoco, en muchos países de nuestro entorno)⁷, los sistemas antiplagio no podrán realizar su trabajo de forma eficiente.

Obviamente, para que Turnitin pueda realizar su labor de comprobación, necesita disponer de textos en abierto sobre los que realizar la labor de comparación. Y en España, por el momento, los textos de los TFG y TFM ya defendidos no están disponibles para su comparación. Y es que, aunque se haya sustituido el tradicional depósito en papel por un depósito digital, las aplicaciones informáticas de Trabajo Fin de estudios en las que actualmente los estudiantes registran sus trabajos se configuran en nuestro país como plataformas de acceso restringido en las que ni siquiera el propio estudiante puede acceder a los textos defendidos por sus compañeros de clase (al tratarse de un elemento evaluable, se les ofrece un tratamiento jurídico similar al de los exámenes y como tales, resultan especialmente protegidos por la ley de protección de datos⁸).

El hecho de que solo el tutor y el tribunal evaluador pueda acceder al texto íntegro del trabajo que se presenta a defensa intenta evitar que prosperen fenómenos de compra-venta de trabajos ya defendidos entre estudiantes de diferentes centros y convocatorias pero en realidad, lo que consigue es impedir que actúen las únicas fórmulas de control de la originalidad que hasta el momento existen. Hay que reclamar por tanto a nuestras Universidades que, si lo que se quiere es eliminar la coincidencia sustancial entre trabajos, resulta imprescindible que exista una digitalización total del trabajo realizado y que estos registros digitales sean de libre acceso para el público interesado, como ya ocurre con las tesis doctorales. Revisar la consideración de los TFG y TFM como dato especialmente protegido resulta imprescindible para dejar a Turnitin hacer su trabajo.

Cualquier otro mecanismo, dada la situación, no será operativo.

Por último no está de más mencionar que Turnitin no es efectivo respecto a trabajos preexistentes en otro idioma y que el estudiante traduzca al castellano, fingiendo que se trata de un texto de autoría propia. Y es el sistema actúa buscando coincidencias exactas en un idioma concreto, obviando todo lo demás, haciendo por tanto que este tipo de estrategias fraudulentas que se centren en traducir textos extranjeros para incorporarlos al texto del TFG o TFM como si fuera el resultado de una investigación propia, sean totalmente incontrolables.

2.3. ¿Qué porcentaje de coincidencias es sospechoso?

Otro de los temas que sin duda requiere una cuidadosa reflexión es el relativo al porcentaje de coincidencias admisible o inadmisibles en la presentación de este tipo de trabajos⁹. Por el momento, no existe previsión al respecto que concrete la situación, ni regla alguna que permita resolver el problema utilizando parámetros objetivos. No en todas las

⁷ Situación que comenta MORATÓ AGRAFOJO, Y., “Una reflexión necesaria sobre el plagio en el EEES”; *UPO INNOVA: Revista de Innovación docente*, nº. 1, 2012, págs. 361-368.

⁸ Interesantísimo tema sobre el que reflexiona MINERO ALEJANDRE, G. “Preguntas de examen, respuestas y revisiones: los exámenes ante la normativa europea de protección de datos de carácter personal”, en AAVV, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (Albert Ruda González y Carmen Jerez Delgado, dirs.), vol. 1, 2020 (Derecho civil y Derecho procesal civil), Sepin, Madrid, págs. 427-434.

⁹ Tema que analizan, entre otros, BELÉNDEZ VÁZQUEZ, M., COMAS FORGAS, R.L., MARTÍN LLAGUNO, M., MUÑOZ GONZÁLEZ, A., y TOPA CANTISANO, G., “Plagio y otras prácticas académicamente incorrectas entre el alumnado”, en AAVV, *Redes de investigación docente universitaria: innovaciones metodológicas* (coord. Álvarez Teruel, Tortosa Ybáñez y Pellín Buades), Universidad de Alicante, 2011, págs. 2595-2604.

disciplinas es habitual el mismo porcentaje de coincidencias. Depende de múltiples factores relacionados con la metodología utilizada.

No se puede negar tampoco que, muchas veces, es el hecho de manejar una plataforma novedosa sin disponer de formación previa la que provoca errores y malos entendidos.

Y es que, por lo general, ¿cuántas palabras seguidas tienen que coincidir, como mínimo, para empezar a computar las coincidencias? ¿7, 10 o 25? ¿Sabemos excluir del proceso de comprobación títulos, frases hechas, denominaciones de leyes, organismos o instituciones, introducción, bibliografía o citas que, sin duda, elevarán el porcentaje global de similitudes de un trabajo sin implicar extralimitación de ningún tipo por parte del estudiante? Como se puede fácilmente comprobar, existen múltiples utilidades inexploradas de esta nueva herramienta informática, y es el hecho de no saber utilizarla correctamente el que provoca ciertos conflictos que hubieran sido totalmente evitables.

Pero no solo eso. Partiendo de la situación expuesta, surgen otros problemas difíciles de resolver. Así por ejemplo: si no existe un procedimiento oficial de comprobación de la originalidad de los TFG y TFM que se presentan en cada convocatoria, y este trabajo se delega en el propio tutor o en el tribunal evaluador, ¿qué ocurre si un tutor o un tribunal evaluador es más estricto que otro? O incluso, ¿qué ocurre si no se realiza la comprobación de ningún tipo ni antes del depósito ni antes de la calificación? No se puede olvidar que, por el momento, será el reglamento de TFG y TFM de cada Universidad o el reglamento de TFG y TFM de cada Facultad el que determine en cada Facultad y titulación si obtener el informe de coincidencias de Turnitin es sólo una alternativa opcional a la que pueden recurrir si lo desean estudiantes, tutores o tribunales, sin que medie obligación legal al respecto o si por el contrario, alguno de estos sujetos está obligado a cotejar o presentar tal informe de coincidencias. Y si, en una concreta Universidad, el tribunal evaluador no tuviese obligación de solicitar o cotejar este informe de coincidencias, ¿qué pasaría en el hipotético caso en el que se descubriese una coincidencia notable en un trabajo ya depositado y defendido después de haberse firmado el acta con las calificaciones? Parece que, como ocurriría con cualquier acto administrativo, se puede apreciar error material en la calificación inicialmente ofrecida, aunque se trata de una cuestión todavía inexplorada por parte de nuestras Universidades.

También el desconocimiento del funcionamiento correcto de la aplicación antiplagio lleva a lidiar con otro tipo de problema práctico: ¿cómo se ha de actuar cuando el informe de coincidencias de Turnitin arroja un resultado especialmente alto, pero se puede deducir que esta coincidencia se ha valorado respecto a una versión previa del documento presentado, sobre el que previamente se había realizando un informe de coincidencias? La propia aplicación permite no guardar estas búsquedas previas de prueba que tutores o estudiantes realizan de sus trabajos con el fin de reforzar la calidad de la investigación, seleccionando la opción “sin depósito”, pero muchas veces, el usuario de la aplicación no maneja diestramente todas estas utilidades dando lugar a situaciones que, aunque muy claras desde el punto de vista teórico, en la práctica pueden presentar conflictos (pues muchas veces no aparece el título definitivo en el trabajo, no se menciona al autor del texto, no lo ha subido a la aplicación ni el tutor ni el propio estudiante, sino un allegado que dispone de claves de la plataforma, etc.).

Obviamente el hecho de que el texto coincida con el trabajo de prueba previamente subido por el propio estudiante o por su tutor es irrelevante (pues podrá fácilmente justificarse contenido y autoría, aunque pueda generar, llegado el momento, ciertos problemas aplicativos), por eso, no será este el mayor problema al que se tengan que enfrentar nuestras Universidades al valorar informes de coincidencias de Turnitin. Sin duda,

existen otros problemas de solución mucho más compleja: pues, desde un punto de vista muy diferente, ¿una ausencia total de coincidencia realmente es un resultado exitoso? ¿Es que el alumno no ha citado a nadie ni manejado bibliografía suficiente como para confrontar sus opiniones con consideraciones previamente emitidas por nuestra doctrina? En esos casos, ¿se pueden entender suficientemente acreditadas las competencias profesionales para las que debe habilitar el trabajo fin de estudios? En resumen, se trata de una cuestión más sobre la que reflexionar si lo que se quiere es extraer realmente el máximo potencial a este tipo de herramientas informáticas.

2.4. ¿Cuándo se ha de suspender el TFG o TFM por plagio?

Muy relacionada con la cuestión anterior, se plantea la siguiente pregunta:

¿Se han previsto en la normativa universitaria las consecuencias del plagio? ¿Corresponde calificar el trabajo aunque con ella se suspenda la asignatura? ¿O por el contrario ha de considerarse un trabajo no presentado al no cumplir el requisito de la originalidad que exige la normativa reguladora de los TFG y TFM en nuestras Universidades, negándole al estudiante la posibilidad de defenderlo? ¿A partir de qué porcentaje de coincidencia pueden aplicarse las citadas consecuencias? Si el informe del Turnitin no lo ha pasado ni el propio alumno ni el tutor del trabajo, ¿debe el tribunal evaluador hacerlo? ¿O se trata de una opción residual prevista únicamente para los casos en los que existan serias sospechas fundadas de fraude? Y más complejo todavía ¿se puede exigir algún tipo de responsabilidad al tutor que ha admitido cierto trabajo a depósito, sin sospechar ni detectar que se trata de un trabajo plagiado? ¿Ha realizado realmente su labor de tutoría adecuadamente si ha dejado pasar inadvertido un hecho de tanta trascendencia?

En síntesis, se trata de una herramienta muy poderosa en manos inexpertas: existen muchas dudas interpretativas, muchos problemas aplicativos y una ausencia prácticamente total de formación ni instrucciones al respecto.

A estos efectos ha llegado el momento de contemplar expresamente en la normativa universitaria que regula el depósito de TFG y TFM qué porcentaje de coincidencia es normal o razonable y qué ocurre si no se respeta, aunque quizá se ha de ser consciente de que no es tanto el porcentaje global de similitud, sino el resultado individualizado de las fuentes copiadas que arroje el informe final de coincidencias que elabora la propia aplicación, el único dato que verdaderamente será relevante para, en su caso, considerar que el estudiante no reúne los presupuestos necesarios para superar este tipo de asignaturas. Y es que ¿se puede suspender un trabajo que, aunque arroje un porcentaje global de coincidencias relativamente alto, ninguna de ellas, individualmente analizadas, sea superior al 1% del contenido total del trabajo? ¿Es realmente plagio o simplemente se está demostrando con ello que el estudiante ha cumplido fielmente el cometido de buscar documentación y contrastar opiniones que asume al realizar este tipo de investigaciones? Aunque no lo parezca, no es ésta, en modo alguno, una cuestión sencilla de resolver.

3. El trabajo autónomo del estudiante a debate ¿realmente hemos alcanzado los resultados esperados?

Sin duda, el denominado Plan Bolonia obligó a adaptar de los tradicionales planes de estudios correspondientes a las antiguas Licenciaturas y Diplomaturas, readaptando su duración y contenido, pero ¿se adecuaron también las herramientas y la metodología docente? Las Universidades españolas, ¿realmente están respetando el espíritu que inspiraba el Espacio Europeo de Educación Superior? Y es que, si el proceso de aprendizaje

permanente que se promulgaba entonces implicaba la intervención activa del estudiante a través de ejercicios, trabajo en grupo, prácticas profesionales, etc., potenciando su seguimiento constante mediante evaluaciones continuas¹⁰. Estos objetivos, ¿realmente se cumplen?

Pero no solo eso. Si el Espacio Bolonia, además de ello, pretendía reducir la presencialidad, potenciando el trabajo autónomo del estudiante fuera de las aulas y revalorizar el uso de TICs en la docencia universitaria. En este contexto general, las asignaturas de trabajo fin de estudios parecían la herramienta perfecta para lograr el tan ansiado trabajo autónomo del estudiante, así como para consolidar las habilidades y competencias que los estudiantes necesitarían durante su cercano futuro profesional. Ahora bien, la práctica demuestra que estos ambiciosos augurios no siempre se cumplen, y el alumnado realiza sus trabajos de investigación siguiendo la regla del mínimo esfuerzo, valiéndose para ello de las diversas herramientas, digitales o no, que actualmente tiene a su disposición y que ni las universidades en general ni los docentes en especial, pueden combatir.

¿Realmente las asignaturas TFG, e incluso también, en algunas titulaciones, los TFM, aunque en menor medida, están ofreciendo los resultados esperados? ¿Consiguen estimular las competencias profesionales a cuya consecución se comprometieron las Universidades europeas en el Plan Bolonia? ¿No podrían en ocasiones sustituirse por otro tipo de asignaturas, de prácticas integradas, por ejemplo, más vinculadas a la adquisición e competencias profesionales y con menos riesgo de fraude? Y es entonces cuando se puede apreciar el enorme valor que pueden tener los casos prácticos utilizados como herramientas docentes: potencian el trabajo autónomo del estudiante, obligan a realizar un uso profesional de las nuevas tecnologías, familiarizan al estudiante con las bases de datos que utilizará en su futuro ejercicio profesional (hoy en día, todas ellas a disposición de los estudiantes desde su propio domicilio a través del aula virtual), permiten comprobar el nivel de conocimientos tanto teóricos como prácticos de los estudiantes, y en definitiva, son perfectamente útiles para sustentar un proceso de evaluación continua basado únicamente en su correcta resolución. Pese a todo, en la mayor parte de las asignaturas, el caso práctico solo representa un reducido porcentaje de la calificación total (entre un 20% y 30% en la mayoría de los casos), claramente superado por la evaluación teórica tradicional que sigue ocupando un papel primordial en nuestras titulaciones jurídicas.

Llegados a este punto, surge una pregunta obligada, en los actuales planes de estudio ¿podría modificarse ese dato? ¿Se pueden adaptar los sistemas de evaluación con el fin de potenciar el trabajo autónomo del estudiante? ¿Debe elevarse el valor que actualmente se otorga a la capacidad de argumentación y expresión de un estudiante hasta convertirlas en las piedras angulares sobre las que se ha de sustentar la evaluación final? ¿Podrían incluirse asignaturas específicas destinadas a la simulación práctica, simulando la experiencia profesional real? Y no sólo eso, ¿podrían estas asignaturas sustituir a los actuales TFG e incluso TFM?

¹⁰ Cfr. al respecto, FARIÑA RIVERA, F., GANCEDO, Y., ARCE FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ FIGUEIREDO, “Implicaciones del Plan Bolonia sobre las competencias transversales de los estudiantes”, en AAVV. *Avances en educación superior e investigación*, volumen I, José M. Palomares (comp.), Dykinson, Madrid, 2021, pág. 348. También, sobre idéntica cuestión, MUÑOZ GARCÍA, J., “Evaluación de la docencia universitaria y aplicación del Plan Bolonia: perspectiva”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia*, Cristina Sánchez-Rodas Navarro (dir.), Laborum, Murcia, 2014, págs. 137-141.

Sin duda, esta estrategia docente permite valorar diversas habilidades del alumno: su expresión oral, su capacidad de improvisación e iniciativa, claridad de los argumentos aportados, su corrección de su razonamiento jurídico, así como el manejo de materiales diversos que vayan más allá de los meros manuales docentes y apuntes tomados en clase (por ejemplo, manejo de bases de datos de bibliografía, jurisprudencia, convenios colectivos, normas autonómicas, etc.). Además, el hecho de que un estudiante resuelva correctamente un caso práctico y defienda su postura en público permite presuponer que cuenta con conocimientos teóricos los suficientemente sólidos y asentados de la materia como para sustentar en ellos un razonamiento lógico-deductivo. Si esto es así, un sistema de evaluación continua podría sustentarse única y exclusivamente en la entrega y defensa periódica de casos prácticos. Al mismo tiempo, nada impediría tampoco establecer una única prueba final consistente en la realización de un supuesto práctico, cuyo desarrollo y resolución permita evaluar, simultáneamente los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos por el estudiante como forma única de evaluación, representando el 100% de la calificación final¹¹. Y es que, sin duda, el caso práctico es la herramienta más adecuada para evaluar correctamente el grado de consecución de cada una de las competencias profesionales que han de aportar las disciplinas jurídicas¹².

Ahora bien, más de 10 años después de la implantación del Plan Bolonia, detectadas ya sus debilidades y fortalezas, ¿no ha llegado el momento de redefinir el sistema, recuperando los valores que inspiraron en su momento el Pacto de Bolonia incorporando las asignaturas y las metodologías docentes que han demostrado ajustarse mejor a los verdaderos objetivos del Espacio Europeo de Educación Superior (en adelante EEES) y que además, por sí solas, son lo suficientemente fuertes como para resistir sin quiebras los nuevos retos que, sobre la investigación y la docencia se presentan hoyen una sociedad cada vez más digitalizada?

Es entonces cuando convendría plantearse la necesidad de tramitar ante la ANECA las correspondientes solicitudes de MODIFICA, en virtud de las cuales se podría adaptar la Memoria oficial del título a las nuevas necesidades y requerimientos que se vayan planteando con el paso del tiempo. En concreto, se podría estudiar la oportunidad de modificar el sistema de evaluación previsto, con el fin de potenciar los instrumentos de evaluación que, en realidad, resultan más útiles para conseguir un verdadero perfeccionamiento profesional del alumnado, mejorando sus habilidades de autonomía y de autoorganización del aprendizaje que promulgaba Europa. Y es que, como en cualquier aspecto de la vida, los modelos de evaluación que parecían óptimos desde un punto de vista teórico, en la práctica, pueden no serlo tanto y requerir adaptaciones. Cualquier otra interpretación implicaría la petrificación de los planes de estudios y, en definitiva, de la

¹¹ Aspectos que aborda DE LA PEÑA AMORÓS, M.M., “La evaluación de las prácticas en el grado en Derecho”, *Revista de educación y derecho*, n.º. 10, 2014, págs. 1-22 soporte informático.

¹² Por ejemplo, en el ámbito jurídico, es obvio que la utilización del caso práctico facilita la consecución de distintas competencias genéricas de los estudios jurídicos, entre otras: “CG1. *Que los estudiantes hayan demostrado poseer y comprender conocimientos jurídicos generales que les capaciten para acceder a niveles superiores de estudios en la materia.* CG2. *Que los estudiantes sean capaces de aplicar los conocimientos adquiridos a la formulación y defensa de argumentos y la resolución de problemas jurídicos.* CG3. *Que los estudiantes sepan reflexionar sobre los temas relevantes de índole social, científica o ética en el ámbito del Derecho.* CG4. *Que los estudiantes puedan transmitir información, ideas, problemas y soluciones a un público tanto especializado como no especializado.* CG5. *Que los estudiantes hayan desarrollado aquellas habilidades de aprendizaje necesarias para emprender estudios posteriores con un alto grado de autonomía.* CG6. *Ser capaz de expresarse correctamente en lengua castellana en el ámbito del Derecho*, entre otras muchas.

docencia y del conocimiento universitario, resultado totalmente opuesto al espíritu de contante mejora que inspiró la gran reforma universitaria en el año 2010.

4. Propuesta de alternativas eficaces.

Habida cuenta de que un conocimiento estrictamente teórico no estimula con la suficiente intensidad las habilidades para el ejercicio de su trabajo, se debe partir de la necesidad de combinar distintas herramientas docentes, teóricas y prácticas. Los casos prácticos resultan ser un instrumento idóneo para desarrollar distintas habilidades personales y profesionales del alumnado difíciles de potenciar a través de la clase magistral.

Pasar de un aprendizaje pasivo a uno activo, en el que en nivel de conocimientos alcanzado depende en gran parte de la objetividad y madurez del estudiante y no sólo de la labor de transmisión docente del profesor, exige que el propio alumnado sea consciente de la responsabilidad que ellos mismos asumen en su proceso de aprendizaje. La principal ventaja de este método de enseñanza radica en que permite una clara comprensión de conceptos y que facilita el asentamiento (y con ello, de la perdurabilidad) de las nociones aprendidas. Y es que, en muchos casos, un conocimiento estrictamente teórico resulta incompleto.

Ahora bien, hay que reconocer que, además de esta función, el aprendizaje basado en problemas constituye un método docente que consigue que los alumnos adquieran habilidades que les permitan desenvolverse en su futuro profesional sin necesidad de recurrir a prácticas profesionales ni a periodos de docencia impartidos en empresas u organizaciones (el llamado *prácticum* externo). Se trata por tanto de un instrumento idóneo para desarrollar distintas habilidades personales y profesionales del alumno difíciles de potenciar a través de la clase magistral: su capacidad de interrelación con los compañeros y con el profesor, claridad expositiva y expresión oral, su capacidad de trabajar en equipo, de contrastar argumentos distintos, etc., lo que en definitiva lo prepara para emprender su carrera profesional y enfrentarse exitosamente al mercado de trabajo.

Puede afirmarse incluso que en los últimos años se ha sobrevalorado en exceso el papel formativo de los *prácticum* dentro de los planes docentes de los estudios de grado, gracias a los cuales ciertas empresas se nutren de mano de obra sin coste, dando lugar a episodios máximos de precariedad laboral, encubiertos bajo una falsa finalidad formativa, difícilmente detectables por parte de los tutores universitarios, cuando en realidad las competencias profesionales que se quieren alcanzar gracias a este tipo de prácticas externas quedaría perfectamente satisfechas por medio de una correcta utilización de los casos prácticos en el aula.

En definitiva, quizá podría plantearse la creación de una asignatura de prácticas integradas en la que se compendiaran actividades propias de todas las asignaturas incluidas en el plan de estudios, obligando al estudiante a repasar e interrelacionar conceptos aprendidos a lo largo de los años de carrera universitaria que sustituyera a los *prácticum* en los planes de estudios de grado.

5. Conclusiones.

En plena época digital, en prácticamente todos los ámbitos de actividad, se abren infinitud de alternativas y utilidades antes desconocidas. También en la docencia. El problema surge cuando estas nuevas oportunidades no se plantean como nuevas estrategias para ampliar conocimientos, reforzar los aprendizajes o mejorar las competencias profesionales, sino como nuevas formas de fraude que surgen aprovechando la oportunidad de pasar desapercibidas que la sociedad actual les ofrece. Y es que la digitalización de la sociedad todavía no es suficiente para detectar todas las lagunas, irregularidades y fraude que se pueden plantear.

En este contexto, ha llegado el momento de reforzar el compromiso ético de los estudiantes, incluyendo como contenido obligado de las jornadas de bienvenida universitaria (también llamadas “cursos cero”)¹³ el elevadísimo valor de la originalidad y la autoría en la presentación de los trabajos que los estudiantes deban realizar a lo largo de sus estudios y las consecuencias de no respetarlas. Además de en la guía docente de la propia asignatura, sería conveniente ofrecer sesiones específicas en forma de tutorías grupales en las que se haga hincapié en la diferencia entre citar y copiar¹⁴, se profundice en el manejo de las herramientas de búsqueda de información y documentación relevante para este tipo de investigaciones, se refuerce el peso de las conclusiones personales como demostración del resultado final del proceso investigación, y en definitiva, se insista en la importancia de llevar a cabo una investigación rigurosa¹⁵. Se trata de un tipo de formación que puede impartirse perfectamente tanto en su formato tradicional presencial como en su formato clásico, tal y como reclama la sociedad actual. El objetivo es garantizar que el estudiante dispone de formación e información suficiente para demostrar, en cualquier contexto y ante cualquier tipo de auditorio, que el plagio siempre es consecuencia de un comportamiento abusivo del estudiante y nunca de una mala tutorización¹⁶.

Las consecuencias del fraude deben recaer exclusivamente sobre los hombros del estudiante y no del docente. Cualquier otra solución no hará más que sobrecargar todavía más a los docentes, haciendo menos atractiva la tutela de TFG y TFM y consiguiendo el

¹³ Como formación ofrecida al alumnado, véanse las interesantísimas guías tituladas “El uso de la información de otros: plagio, las citas y las referencias”, elaborada por la Biblioteca/CRAI de la Universidad Pablo de Olavide Formación en Competencia Digital y “El plagio académico. Cómo prevenirlo y detectarlo: apoyo desde la Biblioteca/CRAI a la elaboración, tutorización y evaluación del Trabajo Fin de Grado”, disponibles en abierto en la página web de la biblioteca. También, sobre esta cuestión, cfr. GÓMEZ ESPINOSA, M., CLAVEL SAN EMETERIO, M. y NAVARIDAS NALDA, F., “Percepciones sobre el plagio académico en un contexto de enseñanza digital universitaria”, *Bordón: Revista de pedagogía*, vol. 74, nº 1, 2022, págs. 45-62. Y es que al mismo tiempo que la digitalización permite obtener información de forma muy rápida de múltiples fuentes, facilitando el plagio de estudiantes inexperto, también es la digitalización la que permite detectar con facilidad la existencia de intensas coincidencias, gracias a novedosas herramientas informáticas creadas *ad hoc* para estos menesteres.

¹⁴ PORTO CASTRO, A.M, PÉREZ CREGO, M.C., MOSTEIRO GARCÍA, M.J. y LORENZO REY, A., “El proceso formativo de citación y las necesidades del alumnado universitario”, *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, vol. 24, nº. 2, 2021, págs. 17-33.

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase VARGAS MORÚA, E., “El plagio: consideraciones para su prevención”, *Revista Espiga*, vol. 20, nº. 41, 2021, págs. 68-85. En similares términos, MUÑOZ CANTERO, J.M., ESPIÑEIRA BELLON, E.M., PÉREZ CREGO, M.C. “Medidas para combatir el plagio en los procesos de aprendizaje”, *Educación XXI: Revista de la Facultad de Educación*, vol. 24, nº 2, 2021, págs. 97-120.

¹⁶ SEGARRA SAAVEDRA, J. y MARTÍNEZ SALA, A.M., “Percepción del plagio y uso de herramientas antiplagio por parte de alumnado universitario”, en AAVV, *Redes de Investigación e Innovación en Docencia Universitaria: volumen 2020* (Roig Vila, Antolí Martínez, Díez Ros, y Pellín Buades, coords.), Universidad de Alicante, 2020, págs. 409-424.

efecto de reducir el número de líneas de investigación ofertadas. No se trata ésta de una cuestión en absoluto baladí; pues, si la calidad de un título de mide, entre otras cosas, por la variedad y diversidad de las alternativas de investigación ofertadas en forma de líneas de TFG y TFM, el descontento de los docentes no generará otra cosa que minorar la satisfacción del alumnado, y con ella, la calidad de los estudios.

Y es que, ¿no será que las Universidades españolas ocupan un puesto bajo en el ranking de producción investigadora de su personal¹⁷ porque han sobrecargado las responsabilidades de los docentes? ¿Realmente cuando se configuró el Plan Bolonia se programaron los TFG y TFM como un proceso que requiere de una altísima implicación y constante supervisión por parte de los tutores? ¿O quizá se pretendía exactamente lo contrario: reforzar la capacidad autónoma de gestión de sus propias habilidades profesionales por parte de los propios estudiantes?

Sin duda, existe una relación directa entre mayores obligaciones docentes y menor investigación, y si esto es así, ¿España ha hecho recaer el peso completo de la docencia universitaria sobre el profesorado, olvidando que el trabajo autónomo del estudiante se debe erigir como pieza fundamental del sistema?¹⁸ ¿Será que otras Universidades europeas ha encontrado en la correcta implantación del EEES la solución a este problema? Son cuestiones sobre las que se hace imprescindible reflexionar, con el fin de seguir avanzando hacia una Universidad de calidad, intentando no relegarnos en los estándares europeos.

Pero no solo eso. ¿Quizá el TFG y TFM en muchos planes de estudios (como podría, ser, entre otras, en las titulaciones jurídicas) implica una carga de contenido teórico poco eficaz para la preparación profesional? ¿Por qué exigirles reglas de investigación a este tipo de alumnados cuando menos del 1% de los estudiantes que cada año finalizan estudios jurídicos se dedican a lo largo de su vida profesional a la investigación académica? ¿No implica sacrificar oportunidades de formación que van a ser mucho más útiles en su andadura profesional? ¿Tanto esfuerzo docente invertido en la preparación de los estudiantes en sus trabajos fin de estudios y resulta que, en muchas titulaciones, no van a tener un valor práctico profesional significativo? ¿En qué nos hemos equivocado?

Ha llegado el momento de realizar una revisión crítica de los actuales planes de estudios, valorar su utilidad y encaje en la formación en competencias profesionales del alumnado, e introducir modificaciones en los contenidos y metodología formativa con el fin de optimizar el escaso y valiosísimo tiempo de duración de una titulación oficial, evitando caer en contenidos que se puedan calificar como superfluos y secundarios en la formación profesional del alumnado. Si realizamos esta revisión crítica de la utilidad potencial de cada una de las materias que integran cada plan de estudios ¿realmente el TFG y TFM superarían este filtro de idoneidad en todas y cada una de las titulaciones oficiales españolas? ¿No ha llegado quizá el momento de sustituir este tipo de asignaturas por otras más enfocadas en mejorar la empleabilidad de nuestros estudiantes? Si el mercado reclama experiencia y práctica profesional, así como formación especializada ¿realmente en todas las titulaciones

¹⁷ Cfr. QS World University Ranking 2023.

¹⁸ Tema sobre el que reflexiona FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Razones para el descuelgue del Plan Bolonia de la docencia universitaria en España”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia: II Congreso Nacional*, Chocrón Giráldez, García San José e Igartua Miró (dir.), Universidad de Sevilla, 2014, págs. 247-252.

También una interesantísima reflexión crítica del modelo se encuentra en SORIANO GONZÁLEZ, M.L., “Las sombras del Plan Bolonia: hechos y propuestas alternativas”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia: II Congreso Nacional* (Chocrón Giráldez, García San José, Igartua Miró, dirs.), Universidad de Sevilla, 2014, págs. 187-190.

los trabajos fin de estudios aportan una experiencia profesional relevante en la correspondiente disciplina, suficiente para mejorar la empleabilidad del alumno que ha realizado el citado trabajo de investigación? O por el contrario ¿no se ha transformado muchas veces en una mera superación formal de un trámite, con el que simplemente se pretende conseguir, al menor esfuerzo posible, la culminación de los estudios sin destacar ni por la originalidad del tema elegido ni por el nivel de profundidad con el que se ha realizado la investigación? Como docentes universitarios ¿no estamos comprobando el carácter meramente descriptivo que tienen muchos de estos trabajos, sin que de su redacción se deje traslucir ni el más pequeño interés investigador del autor de las líneas?

Y es que este tipo de aprendizaje pretende emular con la mayor fiabilidad posible el ejercicio profesional al que estos estudiantes deberán enfrentarse al finalizar sus estudios, en el que necesariamente se verán obligados a valorar e interpretar la realidad con el fin de ayudar a defender los intereses de sus clientes¹⁹.

Otra alternativa es configurar la preparación de los trabajos fin de estudios como una asignatura más en las que un único docente supervisa el avance de varios estudiantes, sustituyendo la presentación final por la contestación pública de una serie de cuestiones directamente vinculadas a la investigación realizada, en cuya respuesta se pueda observar con claridad el grado de profundización y reflexión que el estudiante ha invertido en la citada investigación. Se trata ésta de una opción más sobre cuya utilidad, sin duda, se hace necesario reflexionar. Y es que resulta de esta forma mucho más complejo que prosperen fenómenos de plagio sin que sean detectados. Exactamente las mismas reflexiones pueden realizarse sobre los TFG y TFG vinculados a la realización de prácticas externas en empresas colaboradoras con las Universidades: su propia naturaleza, la tipología del trabajo realizado, y el carácter absolutamente personalizado del tema a abordar, hacen prácticamente inviable que se produzcan situaciones de plagio.

En definitiva, en un momento en el que el Snapchat y otras inteligencias artificiales son capaces de emular con un éxito sorprendente las tareas de investigación, ningún sentido tiene seguir realizando controles inquisitorios que intenten demostrar la autoría del texto. La única solución es replantear el modelo, cambiar la configuración de estos trabajos de investigación que se incluyen en los planes de estudios universitarios, pues si la Universidad no se adapta a las exigencias de los nuevos tiempos, nuestro modelo docente fracasará como tal, aunque quizá hayamos contribuido a reforzar la cultura del fraude y potenciar las estrategias de simulación y ocultación que, aunque tristemente contrario a los valores universitarios, quizá sea lo que reclame un mercado laboral cada vez más digitalizado, precario y competitivo.

En este contexto, es responsabilidad de las propias Universidades realizar las modificaciones correspondientes en la configuración de los planes de estudios de las respectivas titulaciones para conseguir que los peligros que las nuevas herramientas informáticas sin duda suponen para la docencia, se conviertan en retos superables, que ayuden a mejorar las habilidades de comunicación y de búsqueda de información de nuestros estudiantes, sin sacrificar a cambio la cultura de la responsabilidad y el esfuerzo, que se ha

¹⁹ Vertiente práctica de los medios digitales que se pone de manifiesto en AAVV, *“La docencia del derecho en la sociedad digital”*, Ana María Delgado García e Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz (coords.), Universitat Oberta de Catalunya, 2019; y que muchas veces generan riesgos inesperados, tal y como resume MARTÍN ACERO, R., “Oportunidades e amenazas do ‘Plan Bolonia’”, *Revista galega de educación*, N°. 52, 2012, págs. 28-31.

adquirir, entre otras muchas habilidades y competencias, durante los años universitarios y que tantas puertas les abrirá en su futuro profesional.

6. Bibliografía.

- AAVV, “*La docencia del derecho en la sociedad digital*”, Ana María Delgado García e Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz (coords.), Universitat Oberta de Catalunya, 2019.
- BELÉNDEZ VÁZQUEZ, M., COMAS FORGAS, R.L., MARTÍN LLAGUNO, M., MUÑOZ GONZÁLEZ, A., y TOPA CANTISANO, G., “Plagio y otras prácticas académicamente incorrectas entre el alumnado”, en AAVV, *Redes de investigación docente universitaria: innovaciones metodológicas* (coord. Álvarez Teruel, Tortosa Ybáñez y Pellín Buades), Universidad de Alicante, 2011, págs. 2595-2604.
- DE LA PEÑA AMORÓS, M.M., “La evaluación de las prácticas en el grado en Derecho”, *Revista de educación y derecho*, nº. 10, 2014, págs. 1-22 soporte informático.
- DÍAZ ARCE, D., “Herramientas “antiplagio”: ¿son confiables? Estudio de casos”, *Edutec: Revista electrónica de tecnología educativa*, nº. 61, 2017, soporte informático.
- DÍAZ ARCE, D., “Plagio académico en estudiantes de bachillerato: ¿qué detecta TURNITIN?”, *RUIDEAe: Revista de Unidades de Información*, nº. 9, 2016, soporte informático.
- FARIÑA RIVERA, F., GANCEDO, Y., ARCE FERNÁNDEZ, R. y VÁZQUEZ FIGUEIREDO, “Implicaciones del Plan Bolonia sobre las competencias transversales de los estudiantes”, en AAVV. *Avances en educación superior e investigación*, volumen I, José M. Palomares (comp.), Dykinson, Madrid, 2021, págs. 340-356.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Razones para el descuelgue del Plan Bolonia de la docencia universitaria en España”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia: II Congreso Nacional*, Chocrón Giráldez, García San José e Igartua Miró (dir.), Universidad de Sevilla, 2014, págs. 247-252.
- FUENTES, M., “Instrumentos de evaluación para verificar originalidad de investigación en tesis” *Revista Innova Educación*, vol. 1, nº. 3, 2019, págs. 400-410.
- GÓMEZ ESPINOSA, M., CLAVEL SAN EMETERIO, M. y NAVARIDAS NALDA, F., “Percepciones sobre el plagio académico en un contexto de enseñanza digital universitaria”, *Bordón: Revista de pedagogía*, vol. 74, nº 1, 2022, págs. 45-62.
- GONZÁLEZ ALCAIDE, G., GOMEZ FERRI, J., CORONA SOBRINO, C. y GONZÁLEZ TERUEL, A., “Discurso y práctica del plagio entre el alumnado universitario”, en AAVV, *Libro de Actas del X Congreso Universitario Internacional sobre Contenidos, Investigación, Innovación y Docencia (CUICIID 2020)*, Caldevilla Domínguez (ed. lit.), Forum XXI, Madrid, 2020.
- JURADO NAVAS, A. MUÑOZ LUNA, R., y STROO, S., “Algunas conclusiones derivadas del uso de las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza/aprendizaje en idioma no nativo” *Boletín Redipe*, vol. 5, nº. 7, 2016, págs. 59-72.
- MARTÍN ACERO, R., “Oportunidades e amenazas do 'Plan Bolonia'”, *Revista galega de educación*, Nº. 52, 2012, págs. 28-31.

- MATÍAS PEREDA, J. y LANNELONGUE NIETO, G., “Técnicas de ayuda en el proceso de aprendizaje: el caso de los sistemas anticopia”, *Education in the knowledge society* (EKS), vol. 14, nº. 1, 2013, págs. 170-188.
- MINERO ALEJANDRE, G. “Preguntas de examen, respuestas y revisiones: los exámenes ante la normativa europea de protección de datos de carácter personal”, en AAVV, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* (Albert Ruda González y Carmen Jerez Delgado, dirs.), vol. 1, 2020 (Derecho civil y Derecho procesal civil), Sepin, Madrid, págs. 427-434.
- MORATÓ AGRAFOJO, Y., “Una reflexión necesaria sobre el plagio en el EEES”; *UPO INNOVA: Revista de Innovación docente*, nº. 1, 2012, págs. 361-368.
- MUÑOZ CANTERO, J.M., ESPÍNEIRA BELLON, E.M., PÉREZ CREGO, M.C. “Medidas para combatir el plagio en los procesos de aprendizaje”, *Educación XXI: Revista de la Facultad de Educación*, vol. 24, nº 2, 2021, págs. 97-120.
- MUÑOZ GARCÍA, J., “Evaluación de la docencia universitaria y aplicación del Plan Bolonia: perspectiva”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia*, Cristina Sánchez-Rodas Navarro (dir.), Laborum, Murcia, 2014, págs. 137-141.
- PÉREZ REY, J., “Snapchat: luces y sombras en el arcoíris”, *Interactiva: Revista de la comunicación y el marketing digital*, nº. 177, 2016 (Ejemplar dedicado a: Agencias digitales. ¿Dónde está la magia?), págs. 56-61, soporte informático.
- PORTO CASTRO, A.M, PÉREZ CREGO, M.C., MOSTEIRO GARCÍA, M.J. y LORENZO REY, A., “El proceso formativo de citación y las necesidades del alumnado universitario”, *Revista electrónica interuniversitaria de formación del profesorado*, vol. 24, nº. 2, 2021, págs. 17-33.
- SEGARRA SAAVEDRA, J. y MARTÍNEZ SALA, A.M., “Percepción del plagio y uso de herramientas antiplagio por parte de alumnado universitario”, en AAVV, *Redes de Investigación e Innovación en Docencia Universitaria: volumen 2020* (Roig Vila, Antolí Martínez, Díez Ros, y Pellín Buades, coords.), Universidad de Alicante, 2020, págs. 409-424.
- SORIANO GONZÁLEZ, M.L., “Las sombras del Plan Bolonia: hechos y propuestas alternativas”, en AAVV, *Calidad de la docencia universitaria y encuestas: balance del Plan Bolonia: II Congreso Nacional* (Chocrón Giráldez, García San José, Igartua Miró, dirs.), Universidad de Sevilla, 2014, págs. 187-190.
- VARGAS MORÚA, E., “El plagio: consideraciones para su prevención”, *Revista Espiga*, vol. 20, nº. 41, 2021, págs. 68-85.

LOS VALORES SUPERIORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL COVID-19: ALGUNAS EXPERIENCIAS PRÁCTICAS DESARROLLADAS EN LA ASIGNATURA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

The highest values of the legal order and COVID-19: Practical experiences in the subject Philosophy of Law

Recibido: 10 de marzo de 2023

Aceptado: 18 de julio de 2023

Fernando Centenera Sánchez-Seco
Profesor de Filosofía del Derecho
fernando.centenera@uah.es
Universidad de Alcalá

RESUMEN

Este trabajo recoge varias prácticas realizadas en la asignatura de Filosofía del Derecho, en torno a los valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, que se han considerado a propósito de diferentes circunstancias vividas durante la pandemia del COVID-19. En estas actividades se abordan temas como la obligación de llevar mascarillas establecida normativamente, la prioridad otorgada a determinados colectivos en la estrategia de vacunación, los problemas lingüísticos de algunos preceptos relativos al confinamiento, la inestabilidad normativa en la regulación del uso de las mascarillas, o la escasez de vacunas para las personas que viven en países pobres. Los contenidos tratados han sido objeto de evaluación en pruebas escritas, y también en las participaciones desarrolladas en clase. Teniendo en cuenta la implementación de las experiencias, así como la percepción del alumnado sobre ellas, puede afirmarse que contribuyen a aportar más conocimientos, hacen posible el entrenamiento en diferentes competencias, suscitan el interés y ayudan a entender mejor los contenidos teóricos impartidos.

PALABRAS CLAVE

Filosofía del Derecho, libertad, igualdad, seguridad, solidaridad, COVID-19, confinamiento, mascarillas, vacunas.

ABSTRACT

This paper discusses several practical activities carried out in the subject Philosophy of Law in which the values of freedom, equality, legal certainty, and solidarity were considered in connection with different circumstances experienced during the COVID-19 pandemic. The activities addressed topics such as legal mask mandates, the prioritization of certain groups in the vaccination strategy, language issues with some of the precepts related to the lockdown, regulatory instability in the regulation of mask use, or the distribution of vaccines for people in low-income countries. Students were assessed on the content through written tests and class participation. In light of the implementation of the experiences, as well as students' perceptions of them, it can be concluded that they deliver additional knowledge, enable training in various competencies, arouse interest, and facilitate better understanding of the theoretical content taught.

KEYWORDS

Philosophy of Law, freedom, equality, legal certainty, solidarity, COVID-19, lockdown, masks, vaccines.



Sumario: 1. Introducción. 2. Los objetivos. 3. El entorno docente y el planteamiento general de las experiencias. 4. El desarrollo de las experiencias. 4. 1. La libertad. 4. 2. La igualdad. 4. 3. La seguridad. 4. 4. La solidaridad. 5. El sistema de evaluación. 6. Los resultados obtenidos. 7. Conclusiones. 8. Fuentes. 8. 1. Bibliografía. 8. 2. Hemeroteca. 8. 3. Normativa.

1. Introducción.

Como es sabido, en los inicios del año 2020 comenzamos a padecer una pandemia de alcance mundial. El confinamiento inicial dio como resultado un importante descenso en los casos diagnosticados, pero aquel no fue el final del camino. Los meses siguientes vinieron marcados por los aumentos de contagios y fallecimientos, los confinamientos y las relajaciones de medidas; el paso del tiempo daría lugar a hablar de varias olas en la pandemia. La llegada de las vacunas comenzó a mostrar el itinerario que conduciría a la tan deseada vida normal. En la fecha actual, con los levantamientos paulatinos de las restricciones, parece que finalmente estamos dejando atrás las circunstancias que han marcado los años más recientes, pero todavía queda cercana la época en la que seguíamos esperando, entre aumentos de casos, relajaciones de medidas y sumas en las vacunaciones.

Teniendo en cuenta la situación que encontrábamos al final del curso académico 2020-2021, y tratando de aprovechar en la parcela docente las experiencias que estábamos viviendo, nos pareció que podría ser interesante trasladar al ámbito de la Filosofía del Derecho varias de las circunstancias marcadas por la pandemia. Concretamente, estimamos sugerente su tratamiento a propósito de los siguientes valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad¹. La guía docente de la asignatura dedica un tema completo a los mismos. La idea ofrecía además la oportunidad de trabajar en el marco de algunas cuestiones relacionadas con la Agenda 2030², que dedica su objetivo 3 a la “Salud y bienestar”³, instando en este punto a acabar con las epidemias (meta 3.3.) o a proporcionar vacunas a los países en desarrollo (meta 3.B)⁴.

¹ El artículo 1.1. de la Constitución Española establece como valores superiores del ordenamiento jurídico los siguientes: “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. A propósito de ello, debe señalarse que la justicia material comprende la libertad y la igualdad, y la formal la seguridad. Tomamos esta información de Zapatero, V.; Garrido Gómez, M.^a I.; Arcos Ramírez, F. (2010), *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, segunda edición, p. 191. En atención a lo dicho, debe apuntarse que la solidaridad no aparece en la relación axiológica anterior, pero a propósito de ello conviene puntualizar que esta última no se considera *numerus clausus*, y que la solidaridad se ha considerado valor superior del ordenamiento jurídico desde el punto de vista doctrinal. Estas cuestiones se tratan en el siguiente trabajo: Fernández Segado, F. (2012), “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, pp. 161, 162. [En línea] <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004/6702>.

² Agenda 2030 (sin fecha). [En línea] <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/index.htm>.

³ Agenda 2030 (sin fecha), “Objetivo de Desarrollo Sostenible 3: Salud y bienestar”. [En línea] <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/index.htm>.

⁴ Ciertamente, debería apuntarse que el compromiso con los objetivos de la Agenda 2030 tuvo lugar hace ya varios años, y que la situación de pandemia se ha venido desarrollando en los más recientes. Sin embargo, consideramos que ello no impide vincular las circunstancias de la pandemia con la Agenda 2030; de hecho, el ejercicio resulta pertinente. Los efectos del COVID-19 en los objetivos establecidos para el año 2030 son evidentes, y además han causado consecuencias devastadoras en ámbitos como el de la salud. Sobre ello puede consultarse la siguiente referencia: Pacto Mundial. Red Española (2020), “Los efectos de la COVID-19 en los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. [En línea] <https://www.pactomundial.org/2020/04/los-efectos-de-la-covid-19-en-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible/>. En nuestra opinión, la circunstancia expuesta no ha de ser motivo para desestimar los objetivos de la Agenda 2030, sino para incrementar los esfuerzos con vistas a su consecución.

Con la intención de dar cobertura académica a la propuesta expuesta solicitamos un proyecto de innovación docente en la Universidad de Alcalá, que sería posteriormente concedido⁵. A partir de este marco académico desarrollamos las actividades que presentamos en este trabajo, implementadas durante la primera mitad del año 2022. En su exposición seguiremos el esquema que presentamos a continuación. En primer lugar, vamos a concretar los objetivos que hemos pretendido alcanzar con las experiencias que consideraremos en los siguientes apartados. A continuación, contextualizamos su implementación refiriéndonos a algunos detalles concretos del entorno docente en el que tuvieron lugar. Después de todo ello, presentamos el desarrollo de las actividades llevadas a cabo, reservando un espacio posterior para considerar el sistema de evaluación utilizado. Este trabajo dedica también otro apartado a la exposición de los resultados obtenidos, planteados a partir de la opinión del alumnado, que amablemente se prestó a responder una encuesta sobre las actividades realizadas, y también de las percepciones que tuvimos a medida que se fueron desarrollando las prácticas. Finalmente, dedicamos un último apartado a las conclusiones.

2. Los objetivos.

Los objetivos pretendidos con las experiencias que presentamos son los que se citan a continuación:

1. Contribuir al aprendizaje de los valores superiores del ordenamiento jurídico.
2. Proporcionar un conocimiento pragmático de los valores superiores del ordenamiento jurídico, demostrando su proyección en el ámbito práctico.
3. Motivar al alumnado con el análisis de contenidos actuales.
4. Suscitar en el alumnado el compromiso con los valores de justicia de nuestro ordenamiento jurídico.
5. Contribuir a la capacidad para diagnosticar problemas y analizar posibles soluciones, desde el punto de vista de los valores superiores del ordenamiento jurídico.
6. Fomentar competencias relativas al aprendizaje reflexivo y crítico.
7. Suscitar el aprendizaje duradero, basado en el análisis de experiencias recientes.

3. El entorno docente y el planteamiento general de las experiencias.

Como ya adelantamos en la introducción, las experiencias que presentamos se han desarrollado en la asignatura de Filosofía del Derecho, que se imparte en el primer curso del Grado en Derecho de la Universidad de Alcalá. Concretamente, su implementación tuvo lugar en los dos grupos del turno de tarde.

La asignatura puede cursarse con evaluación final o con evaluación continua. Las experiencias a las que nos vamos a referir se contextualizan en la última opción citada. El alumnado que cursa la asignatura conforme a la misma debe asistir a clase, realizar las prácticas programadas y participar en clase. En total, siguieron esta modalidad sesenta y cinco personas.

Las experiencias que presentamos en este trabajo se desarrollaron a partir de varios epígrafes del tema II de la asignatura, dedicado a “La legitimación del poder y del Derecho”.

⁵ La referencia concreta del proyecto es la siguiente: COVID-19 y valores superiores del ordenamiento jurídico. UAH/EV1250.

En él explicamos los valores superiores del ordenamiento jurídico, estando entre ellos los que han enmarcado las actividades que nos ocupan: la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. Además, debemos señalar que, como precisaremos más adelante, los contenidos con los que trabajamos fueron objeto de evaluación.

La rutina seguida en la implementación fue la siguiente: explicación teórica de un valor y realización de una práctica posterior sobre el mismo, que incluía cuestiones relativas al proyecto que nos ocupa. El desarrollo se llevó a cabo a lo largo de cuatro semanas, en las cuales repetimos el esquema expuesto por cada uno de los valores considerados.

Los enunciados de cada práctica se publicaron semanalmente en el aula virtual de la asignatura, aproximadamente unos seis días antes de que se llevase a cabo la práctica en clase. El alumnado debía descargar la práctica y prepararla de forma autónoma. Una vez en clase, realizamos una puesta en común de los resultados obtenidos, en la cual el alumnado debía participar de forma individual exponiendo las respuestas preparadas previamente, y realizando aportaciones a las intervenciones de otros/as compañeros/as.

4. El desarrollo de las experiencias.

4.1. La libertad.

En este apartado y en los siguientes presentamos las prácticas llevadas a cabo por cada uno de los valores que hemos venido considerando. Para una mejor comprensión de las mismas, cada actividad aparece precedida de un resumen que recoge los contenidos teóricos de los cuales partimos.

En la exposición teórica de la libertad⁶ planteamos los pensamientos de Benjamin Constant, John Stuart Mill e Isaiah Berlin. En este caso las actividades se desarrollaron a propósito de los contenidos expuestos sobre los dos últimos. En lo que respecta a Mill consideramos varias ideas de su obra *Sobre la libertad*, donde el autor señala que la persona es libre en lo que respecta a su cuerpo y espíritu, y que el Estado no puede interferir en esa esfera individual de libertad, salvo que la persona vaya a hacer daño a otra/s persona/s con su acción. En el caso de que tuviera lugar esto último la intervención se basaría en el principio del daño. No obstante, debe puntualizarse que el autor considera esta máxima a propósito de quienes han alcanzado “la madurez de sus facultades”. Por tanto, si se trata de personas menores de edad estas han de ser protegidas para evitar que se hagan daño con sus acciones⁷. Este último planteamiento nos da lugar a abordar el tema de la justificación del paternalismo, como excepción a la exclusividad en la aplicación del principio del daño⁸. Más allá del desarrollo recientemente expuesto, si atendemos a la doctrina contemporánea sobre la temática, cabe afirmar que para poder hablar de un paternalismo justificado son necesarios los siguientes requisitos: que la acción produzca un “daño grave e irreparable”, y que se trate de personas con incompetencia básica (en este último caso entrarían, por ejemplo, los comportamientos de quienes actúan de manera irracional)⁹.

⁶ En el planteamiento de los contenidos relativos a la libertad seguimos principalmente la siguiente referencia: Zapatero, V.; Garrido Gómez, M.^a I.; Arcos Ramírez, F. (2010), pp. 191-197. Además, tenemos en cuenta otros trabajos que iremos reflejando en notas a pie de página.

⁷ Mill, J. S. (1997), *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, pp. 94, 95.

⁸ Garzón Valdés, E. (1988), “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, p. 159. [En línea] https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf.

⁹ Estos últimos contenidos los explicamos de forma más detenida en el tema VI de la asignatura, que incluye un epígrafe dedicado al análisis de la neutralidad del Estado. Sobre las cuestiones que ahora consideramos, y para un mayor desarrollo de las mismas, pueden consultarse los siguientes trabajos: Ramiro Avilés, M. Á.

Para trabajar sobre los contenidos anteriores centramos la atención en el artículo 6.1.a) de la *Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19* (legislación consolidada)¹⁰. En su texto podía leerse lo siguiente:

“Artículo 6. Uso obligatorio de mascarillas.

1. Las personas de seis años en adelante quedan obligadas al uso de mascarillas en los siguientes supuestos:

a) En cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público.”

Teniendo en cuenta el precepto transcrito, solicitamos al alumnado que expusiese las siguientes justificaciones sobre la obligatoriedad de las mascarillas: una basada en el principio del daño (es obligatorio el uso de la mascarilla en los espacios en cuestión para evitar dañar a terceras personas), otra basada en el paternalismo (es obligatorio el uso de las mascarillas en los espacios citados para evitar que la propia persona se dañe a sí misma) y una más que conjugase las dos precedentes (es obligatorio el uso de la mascarilla en los espacios que señala la norma para evitar el daño a terceras personas y a la propia persona).

En el marco de la libertad también explicamos las condiciones de dicho valor que considera Berlin, cuando aborda las libertades positiva y negativa. Con aquellas nos referimos a la idea de que para poder gozar de una libertad real, las personas debemos tener satisfechas ciertas necesidades; pues de otro modo la libertad podrá estar reconocida en una norma, pero no será efectiva en términos prácticos.

En relación a estos últimos contenidos, solicitamos al alumnado que expusiese ejemplos en los que pudieran advertirse carencias ocasionadas por la pandemia, en lo que respecta a la no satisfacción de determinadas necesidades, y que, por tanto, impidiesen o dificultasen el disfrute de la libertad real. En tal sentido, nos referimos, por ejemplo, a la pérdida del trabajo y las consecuencias que ello conlleva, o a las deficiencias en la atención sanitaria. Una persona puede tener reconocida la libertad de tránsito, pero realmente no podrá gozar de ella si carece de dinero para comprar unos zapatos, o si tiene dolencias persistentes que no son tratadas.

4.2. La igualdad.

En la exposición teórica de la igualdad¹¹ consideramos la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley, y la igualdad y redistribución de bienes. La actividad que presentamos en las siguientes líneas incidió en el último ámbito citado. A la hora de plantearlo, partimos de la base de que nos estamos refiriendo al reparto de bienes escasos (si hubiera de todo para todas las personas no habría necesidad de recurrir a la distribución), a propósito del cual se

(2006a), “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, pp. 228 y ss. [En línea] <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; Ramiro Avilés, M. Á. (2006b), “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, en Hart, H. L. A.: *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Madrid: Dykinson, p. 46.

¹⁰ “Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, 30 de marzo de 2021 (legislación consolidada, consultada en la siguiente fecha: 03/04/2022). [En línea] <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-4908-consolidado.pdf>.

¹¹ En el planteamiento de los contenidos relativos a la igualdad seguimos principalmente la siguiente referencia: Zapatero, V.; Garrido Gómez, M.^a I.; Arcos Ramírez, F. (2010), pp. 197-205.

consideran numerosos criterios¹², entre los que se encuentran la necesidad o el mérito. También señalamos que la aplicación de los criterios depende del bien que se pretenda repartir, y que probablemente debamos recurrir a varios de ellos a la hora de llevar a cabo la distribución.

En esta ocasión pretendimos que el alumnado realizase una actividad en torno a la dimensión de la igualdad considerada, pero que fuera más allá de los contenidos impartidos teóricamente, para dar lugar a un análisis detenido, concreto y reflexivo sobre otra circunstancia que tuvo lugar en el contexto de la pandemia. Nos referimos a la prioridad otorgada a determinados colectivos en la estrategia de vacunación. Concretamente, solicitamos al alumnado que analizase desde el ámbito de la igualdad y redistribución de bienes la prioridad en la vacunación para el “personal sanitario y sociosanitario”, y para las “personas residentes en centros de mayores”. Con vistas a llevar a cabo este ejercicio, pedimos que se tuvieran en cuenta varias páginas del apartado dedicado a la priorización de las vacunas, recogido en el documento titulado *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*¹³.

Los resultados a los que pretendíamos que llegase el alumnado con su reflexión son los que exponemos a continuación (de ellos también daba cuenta el documento citado, aunque en páginas diferentes a aquellas cuya lectura habíamos solicitado). De un lado, en lo que respecta al “personal sanitario y sociosanitario”, debían tenerse en cuenta los siguientes riesgos: exposición a consecuencia de los casos existentes en el centro de trabajo, morbilidad grave y fallecimiento, transmisión (a propósito de ello, hay que señalar que en los centros donde trabaja el colectivo que consideramos hay personas vulnerables frente al COVID-19, con mayor riesgo de enfermar gravemente y de mortalidad) e impacto negativo en el ámbito social y económico. En relación a este último aspecto debe tenerse en cuenta que la situación se agravaría a consecuencia de los contagios del personal en cuestión, dando lugar tal circunstancia a problemas tales como la sobrecarga de los servicios asistenciales. Además, en el razonamiento también debía tenerse en cuenta el principio de reciprocidad, puesto que el personal en cuestión se exponía y exponía a sus personas cercanas por el bien del resto; así como el análisis de aspectos tales como el puesto ocupado o la edad¹⁴.

Por otra parte, en lo que concierne a la priorización de vacunas para las “personas residentes en centros de mayores”, debemos señalar que se trata de un colectivo que tiene el riesgo más elevado de mortalidad y de morbilidad grave, como así lo confirman los estudios de brotes en las residencias. Además, en esta ocasión también entran en consideración los riesgos de exposición, transmisión, e impacto negativo en las parcelas social y económica¹⁵.

¹² Para un desarrollo pormenorizado de los mismos puede consultarse García San Miguel, L. (2000), “Igualdad, mérito y necesidad”, en García San Miguel, L. (ed.): *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson, pp. 11, 12.

¹³ Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación COVID-19, de la Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones (2020), *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en España*, pp. 6, 7. [En línea] https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/Actualizaciones_Estrategia_Vacunacion/docs/COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 53, 54.

¹⁵ *Ibidem*, p. 55.

4.3. La seguridad.

En la exposición teórica dedicada a la seguridad¹⁶ consideramos las siguientes perspectivas de dicho valor: la seguridad como función jurídica, la seguridad como cualidad del Derecho (o seguridad del Derecho) y la relación entre la seguridad y el poder. La experiencia que exponemos a continuación incidió en la seguridad como cualidad del Derecho, que aporta certidumbre en las siguientes dimensiones: certeza de orientación, certeza de existencia, firmeza del Derecho y eficacia regular. La primera de ellas remite al entendimiento de las normas libre de dudas. De este modo, cuanto más claridad y precisión exista, más seguridad habrá. Se trata, por tanto, de una dimensión que depende de las cualidades del lenguaje jurídico. En tal sentido, suponen una afectación negativa a la seguridad la ambigüedad o la vaguedad. Por otra parte, la certeza de existencia consiste en saber si existe una norma que regule un comportamiento determinado. Desde este punto de vista se tienen en cuenta aspectos tales como la publicación de las normas. Debemos considerar además la firmeza del Derecho, que hace referencia a la estabilidad normativa, sin la cual aumentan los niveles de inseguridad. Todo ello proporciona aportes para la predecibilidad del Derecho. Por último, nos referimos a la eficacia de las leyes, que tiene lugar cuando aquellas se cumplen y aplican regularmente.

Para trabajar sobre los aspectos anteriores planteamos varias actividades. Por una parte, centramos la atención en los apartados g) y h) del artículo 7.1. del *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. En él podía leerse lo siguiente (facilitamos este texto al alumnado)¹⁷:

“Artículo 7. *Limitación de la libertad de circulación de las personas.*

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.”

¹⁶ En el planteamiento de los contenidos relativos a la seguridad que nos van a ocupar seguimos a Zapatero, V.; Garrido Gómez, M.^a I.; Arcos Ramírez, F. (2010), pp. 212-222.

¹⁷ “Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 67, 14 de marzo de 2020. [En línea] <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/dof/spa/pdf>.

Teniendo en cuenta lo establecido en los apartados g) y h) recientemente transcritos, solicitamos al alumnado que indicase el problema lingüístico que se percibe en ellos, que localizase el ámbito de la seguridad al cual afectaba, justificando la respuesta, y que propusiese una posible solución.

El problema en cuestión fue real, como así lo demuestra la documentación de la Defensoría del Pueblo estatal. En los apartados que nos ocupan se aprecian vaguedades lingüísticas insaciabiles¹⁸ que, por tanto, afectan negativamente a la certeza de orientación, dado que suscitan dudas acerca de lo que debía entenderse por las expresiones “fuerza mayor”, “situación de necesidad” u “otra actividad de análoga naturaleza”. Su solución resulta compleja¹⁹, y así quedó constatado con las participaciones del alumnado dirigidas a aportar alternativas. En tal sentido, en principio podría pensarse que una posible opción sería plantear listas de acciones que pudieran enmarcarse en cada una de las expresiones citadas. Sin embargo, esta propuesta no acaba con los problemas, pues el ejercicio en cuestión podría dar lugar a la exclusión de actividades imprevistas –por no quedar contempladas en las relaciones planteadas– que también convendría tener en cuenta por su carácter excepcional o urgente.

En segundo lugar, centramos la atención en el artículo 6 de la *Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19*, teniendo en cuenta en esta ocasión el texto publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 30 de marzo de 2021²⁰. En el precepto podía leerse lo siguiente:

“Artículo 6. Uso obligatorio de mascarillas.

1. Las personas de seis años en adelante quedan obligadas al uso de mascarillas en los siguientes supuestos:

a) En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público”.

Partiendo de la obligación que acabamos de transcribir, solicitamos al alumnado que respondiese a las siguientes preguntas. Por una parte, debía señalar si se habían dado cambios en la regulación sobre el uso de mascarillas en la vía pública y en espacios al aire libre. La respuesta a esta pregunta debía prepararse a partir de búsquedas en Internet de hemeroteca y normativa. La realidad jurídica demuestra que se han dado cambios en lo que respecta a la regulación de esta cuestión. En la puesta en común realizada en clase se pusieron de manifiesto varios de ellos. De hecho, incluso el desarrollo de las actividades que venimos considerando estaba dando cuenta de la circunstancia, y así lo hicimos constar en clase.

¹⁸ Puede verse un análisis de este caso, a propósito del conocimiento que tuvo del mismo la Defensoría del Pueblo estatal, en Centenera Sánchez-Seco, F. (2021), “El lenguaje jurídico en las acciones de la Defensoría del Pueblo desarrolladas durante los últimos años”, en Pérez Calle, Ricardo; Trincado Aznar, Estrella; Gallego Abaroa, Elena (coords.): *Economía, empresa y justicia. Nuevos retos para el futuro*. Madrid: Dykinson, p. 460. [En línea] <https://www.dykinson.com/libros/economia-empresa-y-justicia-nuevos-retos-para-el-futuro/9788413773261/>.

¹⁹ La Defensoría del Pueblo recomendó elaborar instrucciones para la policía en las que se clarificasen dichas expresiones, y que se publicasen para que la ciudadanía tuviera conocimiento de ellas. Centenera Sánchez-Seco, F. (2021), p. 465.

²⁰ “Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, 30 de marzo de 2021. [En línea] <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/30/pdfs/BOE-A-2021-4908.pdf>.

Como hemos visto, en la transcripción del artículo anterior se establece la obligación de llevar mascarillas en la vía pública y al aire libre, pero no acontece de igual manera en la redacción del mismo precepto que consideramos a la hora de realizar la actividad sobre el valor de la libertad (puede comprobarse la transcripción presentada en dicho lugar). En este último caso, planteado a partir de la legislación consolidada, ya se ofrece prueba de los cambios llevados a cabo en la materia objeto de atención.

Por otra parte, debía señalarse qué parcela de la seguridad quedaba afectada con la circunstancia expuesta. Dado que, como hemos dicho, asistimos a cambios frecuentes en la regulación de una misma cuestión, puede afirmarse que aquellos afectan negativamente a la firmeza del Derecho, otra de las dimensiones consideradas a propósito de la seguridad como cualidad del Derecho. Ello, no obstante, no quiere decir que tales cambios no estuvieran justificados. El devenir de la pandemia y de diferentes circunstancias aportaron razones que podrían plantearse en tal sentido.

Finalmente, el alumnado debía responder a las preguntas de si se había cumplido con la obligación de llevar mascarillas en la vía pública y en espacios al aire libre, cuando así se estableció normativamente; y, en el caso de que la respuesta a dicha cuestión fuese negativa, si se sancionó a quienes incumplieron la norma. También en esta ocasión las aportaciones debían relacionarse con una dimensión de la seguridad. Las respuestas dependían de la percepción de cada persona en lo que respecta a las cuestiones planteadas, debiendo sustentarse aquellas en la información recabada y la experiencia personal. En el caso de que se respondiera afirmativamente, con ello cabría señalar que estaba teniendo lugar la seguridad como eficacia, y viceversa, en el supuesto de que se considerase que en muchos casos no se había obedecido la norma, ni se estaban imponiendo las sanciones correspondientes como respuesta a los incumplimientos.

4.4. La solidaridad.

La solidaridad puede considerarse como virtud privada y también como valor asumido por una concepción política con vistas a su implementación por medio del Derecho. En la asignatura centramos principalmente la atención en esta última acepción. En dicho marco, señalamos que el valor de la solidaridad supone huir de posturas egoístas y asumir como propios los problemas de terceras personas. Además de ello, tenemos presente que se trata de un valor relacional, pues contribuye a la libertad e igualdad reales. No obstante, debe reseñarse que la solidaridad no supone tener que asumir posturas comunitaristas, que fijan la solución de los problemas volviendo la mirada a las pequeñas comunidades²¹. Lejos de ello, subrayamos que aquella trasciende de la parcela estatal para proyectarse a todas las culturas, de tal modo que el derecho al desarrollo resulta de su aplicación, con vistas a impulsar la idea de igualdad de derechos básicos para todas las personas²².

Con el fin de trabajar sobre el valor que ahora nos ocupa, a propósito de las circunstancias ocasionadas por la pandemia, en esta ocasión centramos la atención en el mecanismo COVAX. Concretamente, solicitamos al alumnado que buscara información sobre aquel, que lo analizase teniendo en cuenta los contenidos impartidos y que plantease reflexiones críticas, en su caso, a partir de la información recabada. La participación en clase a propósito

²¹ A la hora de plantear estos contenidos hemos seguido la siguiente referencia: Peces-Barba, G. (2000), “Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en Peces-Barba, G.; Fernández, E.; De Asís, R.: *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, segunda edición, pp. 342-344.

²² *Ibidem*, p. 345.

de la temática propuesta propició la consideración de los contenidos que presentamos a continuación.

El mecanismo COVAX es un proyecto de colaboración internacional para desarrollar y distribuir vacunas de forma equitativa, llevado a cabo bajo la dirección de la Organización Mundial de la Salud, la *Global Alliance for Vaccines and Immunization* y la *Coalition for Epidemic Preparedness Innovations*. En él participan 184 países y también entidades privadas, siendo su objetivo que todos los países reciban dosis suficientes de vacunas²³. Teniendo en cuenta esta información, cabría pensar que, al menos en lo que respecta a la participación de los gobiernos, nos encontramos ante una puesta en práctica de aquella dimensión de la solidaridad con proyección internacional, que inspiraría el reparto equitativo de vacunas.

No obstante, debería precisarse que aun cuando la distribución obedece a criterios éticos que, entendemos, podrían vincularse a lo ya dicho, también se ha venido justificando en torno a argumentos de carácter epidemiológico. En este último caso el planteamiento parece distanciarse de la idea de equidad, centrando el objetivo en la intención de evitar posibles variantes del virus, que podrían reactivar la pandemia. Para que tal circunstancia no acontezca es necesario que aquella esté controlada en la mayoría de los países²⁴. Esta última argumentación parece marcar distancias con respecto a la solidaridad, si bien ello no quiere decir que deba desestimarse. En tal sentido, puede resultar interesante la afirmación de que la salud global se ha defendido por razones éticas, donde entraría la solidaridad con las personas que más lo necesitan, aunque por la dimensión de la pandemia, se ha planteado como una cuestión de seguridad mundial²⁵.

Por lo demás, cabría señalar que, aun cuando el mecanismo COVAX había hecho posible la llegada de dosis de vacunas a los países pobres, la realidad distaba del objetivo planteado en un principio, como así quedaría constatado en la información procedente de la hemeroteca. De ello daban cuenta noticias publicadas en los últimos meses de 2021 en las que, por ejemplo, se informaba de que el 98% de la población de los países pobres no había recibido la vacuna, cuando en los ricos ya se estaban recibiendo segundas y terceras dosis. A tal circunstancia cabría añadir también problemas tales como el retraso en los envíos, lo cual suscitaría complicaciones a la hora de llevar a cabo las campañas, y también en ocasiones la necesidad de desechar las dosis, porque habían caducado²⁶.

5. El sistema de evaluación.

A lo largo del curso desarrollamos tres pruebas escritas e individuales sobre las prácticas que fuimos realizando cada semana. Para preparar cada una de las pruebas el alumnado debía repasar unas tres o cuatro prácticas. Estas pruebas podían recoger cuestiones tratadas anteriormente en las prácticas, parecidas, o bien supuestos diferentes que, no obstante, incidirían en las mismas cuestiones. Concretamente, los contenidos de las actividades que hemos presentado en este trabajo formaron parte de las dos primeras pruebas llevadas a cabo,

²³ Dal-Ré, R.; Camps, V. (2021), “¿A quién habría que vacunar primero frente a la COVID-19?”, *Medicina Clínica*, vol. 156, núm. 4, p. 177. [En línea] <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7670930/pdf/main.pdf>.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Vilasanjuan, R. (2021), “COVID-19: geopolítica de la vacuna, un arma para la seguridad global”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 15, p. 2. [En línea] <https://coma.es/wp-content/uploads/2021/02/ARI15-2021-Vilasanjuan-COVID-19-geopolitica-de-la-vacuna-un-arma-para-la-seguridad-global.pdf>.

²⁶ Furneaux, R.; Goldhill, O. (2021), “Así ha fracasado Covax en su intento de vacunar al mundo contra la covid-19”, *El País*, 12 de octubre de 2021. [En línea] <https://elpais.com/planeta-futuro/2021-10-12/asi-ha-fracasado-covax-en-su-intento-de-vacunar-al-mundo-contra-la-covid-19.html>.

que también incluyeron otros contenidos. En la primera planteamos cuestiones relacionadas con las actividades realizadas sobre los valores de la libertad y la igualdad, y en la segunda recogimos otras consideradas a propósito de los valores de la seguridad y la solidaridad.

A la semana siguiente de la realización de cada una de las pruebas, el alumnado recibió una nota que comprendía el 20% de la nota final de la asignatura, y que desglosamos del siguiente modo: el 16% correspondía a la nota de la prueba, y el 4% restante debía obtenerse con las participaciones realizadas en las clases prácticas, a la hora de poner en común los resultados obtenidos a partir de las cuestiones planteadas.

Aproximadamente, las preguntas incluidas en las pruebas sobre las actividades que hemos venido exponiendo supusieron el 8% de la nota final de la asignatura, es decir, 8 décimas de la nota final. A ello deberían sumarse las décimas que pudieron obtenerse con la participación en clase, respondiendo a los ejercicios programados en las prácticas. La suma de todo ello supuso aproximadamente el 10% de la nota final de la asignatura, es decir, 1 punto sobre 10.

6. Los resultados obtenidos.

Debemos señalar que a medida que fuimos realizando las actividades expuestas en este trabajo, percibimos que buena parte del alumnado se mostró interesado en ellas, así como implicado en la resolución de las cuestiones planteadas. Entendemos que ello se debió a que se trataba de cuestiones que formaban parte de la actualidad y del pasado reciente; analizamos situaciones que el propio alumnado estaba viviendo, o que había vivido en los meses precedentes. No obstante, más allá de esta percepción, quisimos conocer de primera mano el parecer de quienes realizaron las tareas en cuestión. Para ello, una vez desarrollados todos los ejercicios expuestos, y tras haber llevado a cabo las pruebas a las que nos hemos referido en el apartado anterior, elaboramos una encuesta, diseñada con una herramienta que ofrece la plataforma virtual *Blackboard*. El alumnado pudo acceder y responder al cuestionario en el mismo entorno, de forma virtual. Previamente, en el momento de la publicación de la encuesta, informamos de ella en clase e invitamos a la participación, reseñando que las respuestas tendrían carácter anónimo. Del mismo modo, proporcionamos también esta información en un anuncio publicado en la plataforma virtual citada.

Concretamente, las cuestiones que recogió la encuesta y las opciones en cada una de ellas fueron las siguientes:

Pregunta 1.

¿Había analizado antes las circunstancias de la pandemia desde las perspectivas de los valores superiores del ordenamiento jurídico?

- a. Sí.
- b. No.

Pregunta 2.

¿Le ha parecido interesante trabajar con aspectos relativos a la pandemia?

- a. Sí.
- b. Poco.
- c. No.

Pregunta 3.

¿Le han servido los ejercicios realizados para entender mejor los valores superiores del ordenamiento jurídico?

- a. Sí
- b. Poco.
- c. No.

En principio, cabría señalar que aun cuando hubiera sido deseable una mayor participación, consideramos que las respuestas dadas pueden ofrecer una idea aproximada del parecer del alumnado sobre las cuestiones en las que pretendíamos indagar. Concretamente, respondieron a la encuesta treinta y dos personas. A continuación presentamos los resultados obtenidos.

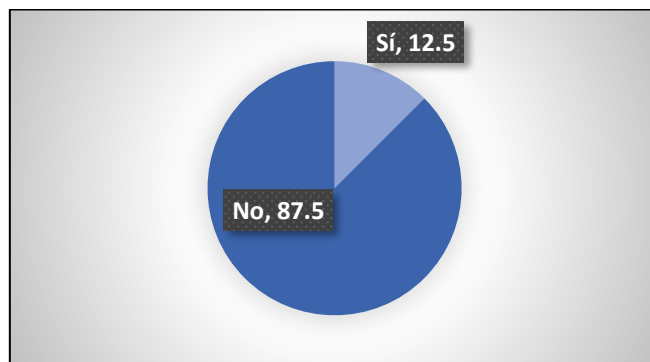


Figura 1. Respuestas a la siguiente pregunta: ¿Había analizado antes las circunstancias de la pandemia desde las perspectivas de los valores superiores del ordenamiento jurídico?

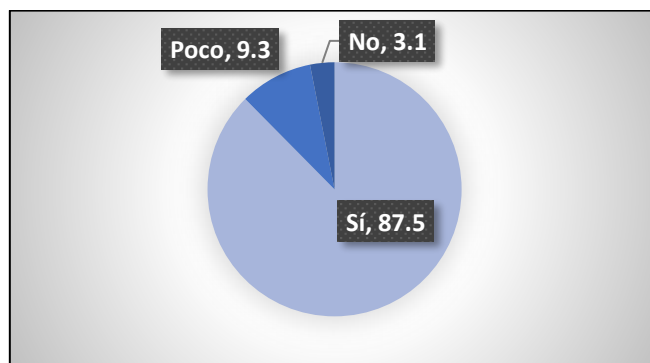


Figura 2. Respuestas a la siguiente pregunta: ¿Le ha parecido interesante trabajar con aspectos relativos a la pandemia?

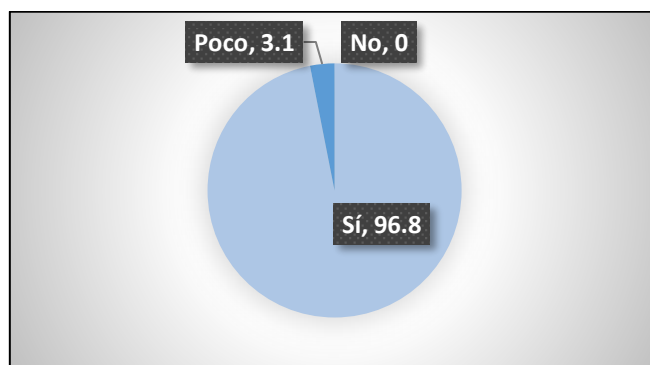


Figura 3. Respuestas a la siguiente pregunta: ¿Le han servido los ejercicios realizados para entender mejor los valores superiores del ordenamiento jurídico?

Teniendo en cuenta los resultados expuestos quisiéramos plantear las siguientes valoraciones. Por una parte, debe destacarse que el 87,5% del alumnado encuestado no había realizado análisis previos sobre los valores superiores del ordenamiento jurídico a propósito de la pandemia. A partir de esta información, cabe afirmar que las actividades llevadas a cabo proporcionaron a buena parte del alumnado una percepción práctica de la temática que nos ocupó, que no había experimentado con anterioridad. Con ello consideramos que conseguimos una mayor aportación de conocimientos, así como el entrenamiento en competencias tales como la búsqueda de información o el aprendizaje reflexivo y crítico.

Por otra parte, los resultados obtenidos demuestran también que en un porcentaje igualmente significativo (el 87,5%), al alumnado le pareció interesante trabajar sobre cuestiones relativas a la pandemia. Esta información contribuye a confirmar la idea de que tratar temas actuales, que además han conformado o conforman el día a día de las personas, genera la atención del alumnado. Cabría añadir además, atendiendo a la percepción que considerábamos al comienzo de este espacio, que el interés demostrado por el alumnado se especificó en su implicación a la hora de abordar las cuestiones propuestas. También en lo que respecta a los resultados expuestos, consideramos que puede afirmarse que las actividades llevadas a cabo contribuyeron al aprendizaje de los contenidos impartidos, pues en esto último entendemos que resulta muy conveniente la motivación del alumnado, y que aquella se suscita si se consigue generar su interés por la materia.

La encuesta confirma el planteamiento anterior con un dato más, que además resulta relevante por sí solo: debe destacarse que el 96,8% del alumnado, es decir, casi la totalidad de las personas que respondieron a la encuesta, pusieron en valor las actividades realizadas, como recursos que sirven para entender mejor los valores superiores del ordenamiento jurídico.

7. Conclusiones.

Las experiencias de innovación docente recogidas en este trabajo demuestran que el análisis de las circunstancias tan complicadas en las que nos ha sumido la pandemia en los años más recientes, puede resultar muy sugerente a la hora de trabajar en el aula sobre temas jurídicos. En nuestro caso nos hemos centrado en los valores superiores del ordenamiento jurídico, pero entendemos que la idea puede extrapolarse a otros temas que se consideran desde la parcela jurídica.

Con las actividades desarrolladas hemos trascendido del ámbito teórico –del que, no obstante, partimos– para demostrar que los conocimientos adquiridos tienen una proyección en el mundo real. La percepción que hemos tenido a lo largo de la implementación ha

resultado bastante positiva, pues comprobamos paulatinamente que el proyecto fue suscitando la implicación del alumnado. Debe apuntarse, no obstante, que desde el punto de vista docente, la preparación de las prácticas ha supuesto un trabajo considerable, consistente en recopilar normativa y documentación apropiada con vistas a trabajar sobre los temas que nos han ocupado, para posteriormente elaborar los enunciados de las prácticas que debían realizarse. No obstante, consideramos que el esfuerzo merece la pena, y así entendemos que también lo confirma el parecer del alumnado. A partir del mismo cabría concluir señalando que las experiencias llevadas a cabo resultaron novedosas y que, por tanto, contribuyeron a aportar más conocimientos y al entrenamiento en competencias que se requieren en la asignatura. Del mismo modo, puede señalarse que las actividades realizadas suscitaron el interés de buena parte del alumnado y que, según la opinión de la práctica totalidad de quienes valoraron los ejercicios, estos sirvieron para entender mejor los contenidos impartidos desde el punto de vista teórico.

Es conocida la crítica referida a la Filosofía en general, y a la Filosofía del Derecho en particular, que restringe estas disciplinas al ámbito de lo abstracto, sin proyección alguna en la práctica. Actividades como las presentadas en este trabajo confirman que no es así, y que el cometido de quienes nos encargamos de impartir docencia en este contexto debe seguir rebatiendo aquella objeción mediante el trabajo práctico. Las experiencias aquí presentadas constatan que el alumnado será consciente de ello, y agradecerá que así sea.

8. Fuentes.

8. 1. Bibliografía.

- AGENDA 2030 (sin fecha).
[En línea] <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/index.htm>.
- AGENDA 2030 (sin fecha), “Objetivo de Desarrollo Sostenible 3: Salud y bienestar”.
[En línea] <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/index.htm>.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F. (2021), “El lenguaje jurídico en las acciones de la Defensoría del Pueblo desarrolladas durante los últimos años”, en Pérez Calle, Ricardo; Trincado Aznar, Estrella; Gallego Abaroa, Elena (coords.): *Economía, empresa y justicia. Nuevos retos para el futuro*. Madrid: Dykinson. [En línea] <https://www.dykinson.com/libros/economia-empresa-y-justicia-nuevos-retos-para-el-futuro/9788413773261/>.
- DAL-RE, R.; CAMPS, V. (2021), “¿A quién habría que vacunar primero frente a la COVID-19?”, *Medicina Clínica*, vol. 156, núm. 4: pp. 177-179. [En línea] <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7670930/pdf/main.pdf>.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2012), “La solidaridad como principio constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30: pp. 139-181. [En línea] <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/7004/6702>.
- GARCÍA SAN MIGUEL, L. (2000), “Igualdad, mérito y necesidad”, en García San Miguel, L. (ed.): *El principio de igualdad*. Madrid: Dykinson.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1988), “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5: pp. 155-173. [En línea] https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10872/1/Doxa5_08.pdf.
- Grupo de Trabajo Técnico de Vacunación COVID-19, de la Ponencia de Programa y Registro de Vacunaciones (2020), *Estrategia de vacunación frente a COVID-19 en*

España. [En línea] https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/Actualizaciones_Estrategia_Vacunacion/docs/COVID-19_EstrategiaVacunacion.pdf.

- MILL, J. S. (1997), *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pacto Mundial. Red Española (2020), “Los efectos de la COVID-19 en los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. [En línea] <https://www.pactomundial.org/2020/04/los-efectos-de-la-covid-19-en-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.
- PECES-BARBA, G. (2000), “Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en Peces-Barba, G.; Fernández, E.; De Asís, R.: *Curso de Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, segunda edición.
- RAMIRO AVILÉS, M. Á. (2006a), “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y Libertades*, núm. 15: pp. 211-256. [En línea] <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RAMIRO AVILÉS, M. Á. (2006b), “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, en Hart, H. L. A.: *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Madrid: Dykinson.
- VILASANJUAN, R. (2021), “COVID-19: geopolítica de la vacuna, un arma para la seguridad global”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 15: pp. 1-9. [En línea] <https://coma.es/wp-content/uploads/2021/02/ARI15-2021-Vilasanjuan-COVID-19-geopolitica-de-la-vacuna-un-arma-para-la-seguridad-global.pdf>.
- ZAPATERO, V.; GARRIDO GÓMEZ, M.^a I.; ARCOS RAMÍREZ, F. (2010), *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, segunda edición.

8. 2. Hemeroteca.

- FURNEAUX, R.; GOLDHILL, O. (2021), “Así ha fracasado Covax en su intento de vacunar al mundo contra la covid-19”, *El País*, 12 de octubre de 2021. [En línea] <https://elpais.com/planeta-futuro/2021-10-12/asi-ha-fracasado-covax-en-su-intento-de-vacunar-al-mundo-contra-la-covid-19.html>.

8. 3. Normativa.

- “Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76, 30 de marzo de 2021. [En línea] <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/30/pdfs/BOE-A-2021-4908.pdf>.
- “Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm, 76, 30 de marzo de 2021 (legislación consolidada, consultada en la siguiente fecha: 03/04/2022). [En línea] <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-4908-consolidado.pdf>.

- “Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 67, 14 de marzo de 2020. [En línea] <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/dof/spa/pdf>.

Investigación sustantiva

EL RETORNO DE JUECES Y FISCALES A LA CARRERA JUDICIAL Y FISCAL TRAS EJERCER COMO MINISTROS Y SECRETARIOS DE ESTADO EN EL GOBIERNO CENTRAL. UN ANÁLISIS DE LA AFECTACIÓN DEL FENÓMENO A LA REALIDAD CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

The return of judges and prosecutors to Justice administration after serving as Ministers and Secretaries of State in the Central Government. An analysis of the affectation of the phenomenon to the Spanish constitutional reality

Recibido: 16 de enero de 2023

Aceptado: 13 de julio de 2023

Penélope Oliva Boza
Investigadora predoctoral en formación en el área de Derecho Constitucional
penelope.oliva04@gmail.com
Universidad de Málaga

RESUMEN

Existen supuestos en que quienes se encargan de administrar Justicia deciden poner en pausa su carrera para ostentar un cargo político y posteriormente regresar. Con este trabajo se pretende analizar empíricamente el grado de afectación de este fenómeno a la realidad constitucional española. Para ello, se estudiarán los supuestos registrados en los últimos veinticinco años, correspondientes a las cuatro últimas presidencias. Posteriormente, se estudiarán los mecanismos de tránsito de una disciplina a otra, así como su adecuación a los principios constitucionales. Los resultados obtenidos nos han permitido determinar si puede hablarse de puertas giratorias en la Justicia española, analizar la regulación vigente y presentar propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE

Justicia, política, puerta giratoria, jueces, fiscales, Ministros, Secretarios de Estado, servicios especiales, excedencia voluntaria.

ABSTRACT

There are cases in which those in charge of Justice administration decide to interrupt their career intending to hold a politic charge and later return. This study aims to empirically analyze the degree of affectation of this phenomenon to the Spanish constitutional reality. In order to establish that, the cases registered in the last twenty-five years, corresponding to the last four presidencies will be considered individually. Subsequently, the mechanisms of transition from one discipline to another will also be studied, as well as their compatibility with Spanish constitutional principles. The results obtained have allowed us to establish if it is possible to speak of revolving doors in Spanish Justice, analyze the regulation in force and submit improvement proposals.

KEYWORDS

Justice, politics, revolving door, judges, public prosecutors, Ministers, Secretaries of State, special services, voluntary leave of absence.



Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Análisis empírico. 3.1. Contexto histórico, desde la Legislatura Constituyente hasta la actualidad. 3.2. Análisis empírico. El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ostentar el cargo de Ministro en el Gobierno de España (legislaturas XIV a VI). 3.3. Análisis empírico. El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ostentar el cargo de Secretario de Estado en el Gobierno de España (legislaturas XIV a VI). 4. Análisis normativo. 4.1. El modelo de juez y de fiscal según la Constitución Española. Especial referencia a la nota de imparcialidad. 4.2. El tránsito de la Carrera Judicial y Fiscal a la política. La situación Administrativa de Servicios Especiales y la situación de Excedencia Voluntaria. Su relación con las restricciones de los artículos 117 y 127 CE. 4.3. Los mecanismos de abstención y de recusación. 5. Análisis *soft law*. 5.1. Qué es y para qué sirve el *soft law*. 5.2. Los textos de *soft law* y su aplicabilidad a la afectación de la imparcialidad de jueces y fiscales en su retorno. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía. 8. Páginas consultadas.

1. Introducción.

La tendencia hacia una politización radical de todos aquellos elementos, factores y mecanismos que permiten la vida en sociedad e integran el Estado democrático parece que ha llegado para quedarse. La Administración de Justicia no se ha visto exenta de esta tendencia, sino todo lo contrario, situándose en el punto de mira en más de una ocasión cuando este debate se pone sobre la mesa.

La idea de un Estado de Derecho en el que las relaciones entre la Administración de Justicia y la actividad política sean por entero cadenciosas se asemeja a aquella en que se piensa que verdaderamente existe el modelo de juez «apolítico». Ni las relaciones entre aquellas pueden ser enteramente armoniosas, ni existe un juez *cuasidivino* capaz de abstraerse de toda convicción política. Lo que se advierte peligroso quizá no sea tanto que las relaciones entre una y otra sean conflictivas, como que las mismas se corrompan.

La línea que separa a quienes administran Justicia de aquellos que ostentan el gobierno de nuestro país es, en ciertas ocasiones, delgada, pasando los sujetos de desempeñar una tarea a ostentar la otra. Es precisamente esta problemática la que se pretende abordar en nuestro trabajo.

El hecho de que miembros integrantes del Poder Judicial o pertenecientes al Ministerio Fiscal puedan pasar de desempeñar cargos en la Administración de Justicia a formar parte del Gobierno de la Nación, reincorporándose posteriormente a sus anteriores puestos, implica una serie de consecuencias e interferencias en uno y otro poder que deben ser reguladas.

Y es que, como ya se ha anotado, lo realmente arriesgado de esta intercambiabilidad de profesiones no es sino el riesgo de perversión que conlleva. La utilización de la expresión «perversión» quiere decir que hay una forma «recta» y una forma «desviada» de relación entre Justicia y política, entendiéndose que son «rectas» las constitucionalmente debidas, y «desviadas» las opuestas¹. La importancia de preservar la Justicia está implícita en la idea misma del Estado de Derecho. Ello explica la necesidad de que deba velarse por la existencia de mecanismos que mitiguen esa «perversión» o «desviación» en las relaciones entre ambas disciplinas.

¹ Palabras de Ángel Rodríguez, quien a su vez emplea términos aristotélicos. RODRÍGUEZ, Á. (2018), «Jueces, Sociedad y Política», en PENDÁS, B. (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, pág. 4067.

El objetivo de este trabajo es determinar en cuántas ocasiones y respecto a quiénes se ha producido este fenómeno, acotado como puede imaginarse a una serie de supuestos concretos que pronto clarificaremos, para determinar su grado de afectación a la realidad política y constitucional española. De cara a comprender mejor nuestra finalidad es razonable adelantar desde este mismo instante que únicamente se estudiará el retorno a la Carrera Judicial y Fiscal tras haber pasado por el Ejecutivo en aproximadamente los últimos veinticinco años.

Una vez que sepamos en cuántas ocasiones se ha producido el fenómeno estudiado, podremos determinar si su trascendencia es de entidad tal que lo hace merecedor de ser calificado como «puerta giratoria».

El fenómeno de las puertas giratorias, o lo que los anglosajones denominan *revolving door*, alude al tránsito o movimiento de profesionales del sector público al sector privado y viceversa². Este fenómeno aplicado a lo que se pretende sea objeto de este trabajo consistiría en el paso de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal a la política, y su posterior retorno (nuevamente como jueces y fiscales), o eventual retorno. Una vez finalizado el análisis que permita determinar si podemos hablar de puertas giratoria entre la Justicia y la política en España, se aspira a precisar si el fenómeno, dada su trascendencia, debería ser objeto de una mejor o más completa regulación, así como si es compatible o no con los principios constitucionales que inspiran o deben inspirar el ordenamiento jurídico español.

Con el objetivo de dar respuesta a las anteriores preguntas hemos estructurado el cuerpo del trabajo en cuatro epígrafes, a los que se suman el primero introductorio y el último dedicado a extraer conclusiones. El primero de ellos tiene igualmente una cierta aspiración introductoria, y se destina únicamente a aclarar la metodología seguida para realizar el trabajo. Una vez que conozcamos la metodología empleada, entraremos de lleno en el análisis de los supuestos en que se ha producido efectivamente el fenómeno en cuestión. Así, en el segundo epígrafe lo que se busca es analizar empíricamente la trascendencia del fenómeno en el panorama español actual, determinando qué jueces y fiscales han protagonizado el retorno a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber ostentado un cargo en el Gobierno de la Nación.

Finalizado este primer análisis con tendencia empirista, nos adentraremos en el ámbito del Derecho positivo. En concreto, en el tercer apartado estudiaremos los mecanismos que se han ido habilitando para pasar de un sector a otro, hasta llegar a la actual situación administrativa de servicios especiales. Continuaremos con la puesta en relación de la regulación actual con los principios constitucionales, especialmente con las restricciones de los artículos 117 y 127 CE. Además, se hará particular hincapié en la nota de imparcialidad, imperante en ambas Carreras (Judicial y Fiscal), y en los instrumentos puestos al servicio de la salvaguarda de esa imparcialidad, esto es, en los instrumentos de abstención y de recusación. La evolución en el tiempo de este mecanismo de tránsito y la suficiencia o insuficiencia de su regulación vienen a conformar el epicentro de la obra, sin pasar por alto las implicaciones y consecuencias que un salto de tal calibre conlleva — en especial en lo que afecta a la imparcialidad — más aún si recordamos que difícilmente puede hablarse de una relación enteramente armoniosa entre la Administración de Justicia y la actividad política en España.

² CASTELLANO, J. (2017), “Estudio sobre las puertas giratorias en la Administración General del Estado y el papel de la oficina de Conflicto de Intereses”. *Fundación Hay Derecho*, pág. 3.

Para terminar, en el cuarto y último punto se hará un breve estudio de aquellos instrumentos de *soft law* que tienen aplicabilidad en lo que a la afectación de la imparcialidad se refiere, a nivel tanto nacional como supranacional. Estos instrumentos servirán para interpretar la regulación vigente, y contribuirán a determinar si el fenómeno del retorno a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber pasado por el Ejecutivo en España está suficientemente regulado o no; pregunta a la que, a su vez, sólo seremos capaces de dar respuesta una vez que hayamos analizado su trascendencia a través del análisis empírico.

2. Metodología.

El objetivo de este apartado inicial es determinar la metodología empleada en el trabajo. Se busca analizar aquellas ocasiones en las que se ha producido el retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras su paso por política. Solo así podremos dilucidar si el fenómeno en cuestión es susceptible de ser calificado como puerta giratoria o si, contrariamente, la escasa relevancia de supuestos justifica su no calificación como tal. A efectos del presente trabajo, y teniendo en cuenta la relevancia que el fenómeno tiene para un Estado Democrático de Derecho, se entiende que sólo puede hablarse de la existencia de puertas giratorias en la Justicia española si se registra un número considerable de casos bajo cada uno de los gobiernos estudiados. En consecuencia, la concurrencia de supuestos aislados que no se repiten en el tiempo no tendrá la consideración de puerta giratoria.

Para ello, se pretenden concretar los sujetos vinculados a la Administración de Justicia que se han tomado como objeto de estudio, los precisos cargos políticos desempeñados por estos últimos, así como la extensión en el tiempo que será tomada en consideración. Se aspira a determinar cuántos miembros de la Carrera Judicial y Fiscal han pasado de ostentar tales cargos a aventurarse a la carrera política, volviendo en un momento posterior, finalizado su mandato, a sus anteriores cargos de jueces y fiscales, así como aquellos supuestos en que aún no han regresado, pero estarían a tiempo de hacerlo.

El análisis se ha realizado por presidencias y legislaturas. En concreto, se han tomado como referencia las legislaturas VI a XIV (actual), correspondientes a los gobiernos de los cuatro últimos presidentes que han ostentado la dirección de nuestro país; en orden cronológico (del más reciente al más antiguo): Pedro Sánchez, Mariano Rajoy, José Luis Rodríguez Zapatero y José María Aznar. La razón de acotar el estudio a los cuatro últimos gobiernos no es otra que la necesidad de limitar la investigación, dadas las dimensiones y el tiempo de que se dispone para la realización de este trabajo, mostrándose como suficiente — a juicio de quien escribe — el examen de la aparición de este fenómeno en, aproximadamente, los últimos veinticinco años.

En lo relativo a los sujetos a los que se extiende la investigación tenemos, de una parte, a los miembros de la Carrera Judicial y, de otra, a los integrantes del Ministerio Fiscal. Resulta conveniente esclarecer que se excluyen aquellos sujetos que han ejercido cargos que implican el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente por imperativo del artículo 117 de nuestra Constitución en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero que no se integran en la Carrera Judicial. Pensemos en Magistrados del Tribunal Constitucional que han pasado del Alto Tribunal a la política, como *Luis María López Guerra*. O aquellos otros magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han seguido idéntico camino. Su exclusión no encuentra otra justificación que su sometimiento a un estatuto, si bien similar, diferente al que están sometidos los auténticos miembros que integran la Carrera Judicial. No nos detendremos en esta ocasión en cuáles son los aspectos en que difieren uno y otro régimen,

por no ser el objeto que aquí nos ocupa, pero nos basta para deducir que los diferentes estatutos justifican el distinto tratamiento y su subsiguiente exclusión.

Si hay una característica compartida por quienes integran las Carreras Judicial y Fiscal es la necesidad de que ambos cuerpos actúen guiados por el principio de imparcialidad. Por asombro que cause, la Constitución no recoge en su articulado que los jueces y magistrados deban ser imparciales, y así lo han apuntado diversos autores³. El artículo 117 CE hace referencia exclusivamente a la necesidad de que sean independientes, inamovibles, responsables y que estén sometidos únicamente al imperio de la ley. En cambio, el artículo 124.2 CE, en relación con el Ministerio Fiscal, sí se refiere de forma expresa a la imparcialidad⁴, y de igual modo lo hace el artículo 103.3 CE en referencia a los funcionarios públicos. Son numerosas las teorías y los autores que han tratado de darle una explicación a esta omisión — quizá consciente — del constituyente, pero lo relevante aquí no es tanto el hecho de que la Constitución no haga mención expresa a dicha nota de imparcialidad, como que los jueces deben efectivamente serlo. Ambos, miembros integrantes de la Carrera Judicial y Fiscal, no deben encontrar otra guía en su actuación que no sea la imparcialidad. De modo que, por lo pronto, basta comprender que tanto jueces como fiscales están sujetos al principio de imparcialidad; siendo éste último principio el que ocuparía el centro de toda controversia⁵ que pudiera surgir en relación con aquellos que tomen la decisión de regresar a sus puestos tras su paso por política. Todo ello evidencia el por qué se ha tomado la decisión de incluir a los integrantes de una y otra carrera.

Finalmente, queda anotar los concretos cargos vinculados con la actividad política que se han tenido en cuenta a la hora de realizar el análisis. Como bien sabemos, en nuestro Estado democrático rige el principio de separación de poderes. Siguiendo la esencia misma introducida por *Montesquieu* en su obra “*El Espíritu de las Leyes*”, diferenciamos el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En este contexto, tomaremos como referencia únicamente aquellos jueces y fiscales que hayan ostentado cargos como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno de España, es decir, focalizaremos nuestra atención en el Poder Ejecutivo Central. Tras esta afirmación es probable que se hayan disparado las señales de alerta en el lector, pues es comúnmente conocido que los Secretarios de Estado no forman parte del Ejecutivo. No obstante, es importante tomar en consideración lo que la Ley del Gobierno dispone sobre esta institución en su exposición de motivos⁶. En ella se pone de manifiesto que, pese a su naturaleza administrativa, están íntimamente vinculados al Gobierno, siendo asimismo elegidos de conformidad con criterios políticos, justificando todo ello su inclusión.

³ ASENSIO JIMÉNEZ, R. (2012), “Imparcialidad Judicial: Su proyección sobre los deberes (Código de Conducta) y Derechos fundamentales del Juez” en SAIZ ARNAIZ, A. (dir.): *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 28 y 29. RODRÍGUEZ, A. (2018), “Jueces, Sociedad y Política”, en PENDÁS, B. (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, pág. 4072.

⁴ Además, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal recoge en su artículo segundo que el Ministerio Fiscal actuará con sujeción al principio de imparcialidad, dedicando asimismo el capítulo III a “los principios de legalidad e imparcialidad”, de donde cabe deducir su indudable aplicabilidad a esta institución.

⁵ El retorno a la Carrera Judicial o Fiscal tras haber desempeñado el cargo de Ministro o de Secretario de Estado abre todo un debate en relación con la afectación de la imparcialidad — o su apariencia — de aquellos que de un sector han pasado al otro.

⁶ “Por lo que respecta a los Secretarios de Estado, se opta por potenciar su «status» y su ámbito funcional sin llegar a incluirlos en el Gobierno. Serán órganos de colaboración muy cualificados del Gobierno, pero no miembros, si bien su importancia destaca sobre el resto de órganos de colaboración y apoyo en virtud de su fundamental misión al frente de importantes parcelas de actividad política y administrativa, lo que les convierte, junto con los Ministros, en un engranaje fundamental entre el Gobierno y la Administración”.

Sin embargo, dejaremos fuera a los miembros del Poder Legislativo. Esto es, excluirémos a quienes hayan formado parte del Congreso de los Diputados y del Senado. Esto es así en la medida en que en tal supuesto impera un derecho que tiene carácter fundamental y del que este trabajo no ha pensado ocuparse, el derecho de sufragio pasivo reconocido en el artículo 23 de la Constitución Española.

Así pues, en síntesis, cabe decir que únicamente se han tomado como objeto de estudio los jueces y magistrados integrantes de la Carrera Judicial, así como los miembros del Ministerio Fiscal que han ostentado cargos como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno de España. Exclusivamente nos hemos centrado en los últimos 25 años, correspondientes a las cuatro últimas presidencias de nuestro país, y sólo respecto a los que han regresado posteriormente al finalizar su mandato político a la Carrera Judicial o Fiscal, o podrían regresar. Se espera que haya quedado claro cuál ha sido el método seguido para realizar el estudio.

3. Análisis empírico.

3.1. Contexto histórico, desde la Legislatura Constituyente hasta la actualidad.

A lo largo de este punto se va a llevar a cabo el análisis de los concretos casos en los que jueces y fiscales españoles han regresado a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber pasado por el Gobierno central en aproximadamente los últimos veinticinco años. Antes de comenzar con la materia que nos ocupa conviene dar un breve repaso a los distintos gobiernos y sus correspondientes legislaturas⁷.

Desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el 29 de diciembre de ese mismo año se han sucedido catorce legislaturas, además de la Constituyente. La demanda de un Estado Democrático tras el periodo franquista se hizo patente, materializándose en la aprobación de la Constitución y en el establecimiento de un nuevo sistema político.

El prototipo de juez del sistema franquista era el conocido como juez «apolítico»⁸. Resulta quizá conveniente desde este mismo instante anotar que pueden observarse dos concepciones o modelos distintos de juez, cada uno contrapuesto al otro, aunque ambos necesarios para conformar el modelo mismo instaurado por la Constitución⁹. El juez «apolítico», que sería aquel puro e incontaminado en el que impera sobre todas las cosas el principio de imparcialidad. En definitiva, sería aquel juez capaz de impartir justicia abstrayéndose de todo pensamiento subjetivo previo, una especie de juez *cuasidivino*¹⁰. Y,

⁷ Para conocer los distintos gobiernos y sus correspondientes legislaturas se ha hecho uso de la página oficial de la Moncloa. La Moncloa, “Gobiernos desde la legislatura Constituyente hasta la actualidad”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/gobiernosporlegislaturas/Paginas/index.aspx> Consultado el día 22/03/2022.

⁸ RODRÍGUEZ, A. (2018), “Jueces, Sociedad y Política”, en PENDÁS, B. (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, pág. 4074.

⁹ BREY BLANCO, J.L. (2004), “¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”. *Foro, Nueva época*, num. 00/2004: págs. 43, 44, 45 y 46.

¹⁰ Idea de Juez de naturaleza *cuasidivina* extraída de DE OTTO, I. (1989), *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 63.

por su parte, el juez «político», que es aquel que toma sus decisiones guiado por su propia ideología¹¹. O aquel que “disfruta de los márgenes más amplios de creatividad”¹².

Ciertamente tiene sentido que el paso de una dictadura a un régimen democrático tuviera consecuencias en lo que a la Administración de Justicia se refiere. Así, durante este periodo se lleva a cabo una depuración en la Administración de Justicia, en una búsqueda de jueces afines al régimen. En consecuencia, como respuesta a un juez neutral que pretendía aislarse de la realidad surge en el extremo opuesto, una vez se instaura el régimen constitucional y se reconoce el derecho a la libertad de expresión, ese otro modelo de juez antagónico. Para comprender mejor hacia qué dirección se evoluciona hay quien advierte que se trata de un modelo de juez seducido por los medios de comunicación, “como si aquellos jueces formados en la dictadura, que, en el nuevo contexto de libertad de expresión instaurado por la Constitución, no podían ya aislarse de la prensa, hubieran pasado de la resignación por no poder silenciarla a intentar usarla en su provecho”¹³.

Retomando nuevamente el repaso histórico, desde que se instauró el régimen constitucional se han sucedido un total de catorce legislaturas, más la Constituyente, ostentando la presidencia del Gobierno siete distintos presidentes. No obstante, tengamos presente que, tal y como anticipamos, sólo nos centraremos en los cuatro últimos, los cuales se corresponden con las legislaturas XIV a VI. Es interesante conocer quiénes son los presidentes que han ostentado la presidencia en cada momento y en qué legislaturas, al objeto de comprender mejor el estudio de cuándo y respecto a quién se ha dado el fenómeno de retorno en relación con jueces y fiscales, por si algo pudiera sugerir ese factor.

Así, comenzando por el más reciente cabe mencionar en primer lugar al actual Presidente de nuestro país, y séptimo Presidente de España tras la adopción de la Constitución de 1978, Pedro Sánchez Pérez-Castejón, al frente del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). Pedro Sánchez ha estado a la cabeza de las tres últimas legislaturas, la actual XIV legislatura, la XIII legislatura en la que permaneció en funciones y, finalmente, la XII legislatura. Ésta última compartida con Mariano Rajoy, al ser elegido tras una moción de censura el 1 de junio de 2018.

Por su parte, Mariano Rajoy Brey, dirigente del Partido Popular (PP) y sexto Presidente del Gobierno de España, ostentó la presidencia durante las legislaturas XII, XI y X. Obtuvo la victoria en las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011, y fue destituido tras la adopción de la moción de censura presentada en su contra por el Grupo Socialista en 2018, y por la que ya hemos mencionado fue investido el actual Presidente.

El siguiente por mencionar sería José Luis Rodríguez Zapatero, quien presidió las legislaturas IX y VIII al frente del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), en un periodo que abarcó desde marzo de 2004 hasta finales de 2011. Con su triunfo en las elecciones se convierte en el quinto Presidente del Gobierno de España tras la aprobación de la Constitución de 1978.

¹¹ Para definir al juez «político» usa a Gimeno Sendra. BREY BLANCO, J.L. (2004), “¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”. *Foro, Nueva época*, num. 00/2004: pág. 46.

¹² Definición propuesta por Carlo Guarnieri y Patricia Perderzoli. BREY BLANCO, J.L. (2004), “¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”. *Foro, Nueva época*, num. 00/2004: pág. 46.

¹³ RODRÍGUEZ, A. (2018), “Jueces, Sociedad y Política”, en PENDÁS, B. (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, pág. 4075.

Para terminar, a la cabeza de las legislaturas VII y VI estuvo José María Aznar López. Aznar fue el cuarto presidente del Gobierno tras la implantación del Estado Democrático. Ganó las elecciones del 3 del marzo de 1996 al frente del Partido Popular (PP), volviendo a ser elegido en las elecciones del 12 de marzo del año 2000, finalizando su mandato en el 2004.

3.2. Análisis empírico. El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ostentar el cargo de Ministro en el Gobierno de España (legislaturas XIV a VI).

En el cuadro siguiente pueden verse cuáles han sido los supuestos en los que miembros de la Carrera Judicial o Fiscal han pasado a ostentar el cargo de Ministro. Reservamos aquéllos que han ostentado el de Secretario de Estado para el próximo apartado.

MINISTERIO	TITULAR DEL MINISTERIO	NOMBRA-MIENTO Y CESE	GOBIERNO	CARGO QUE OSTENTABA Y AL QUE VUELVE O PODRÍA VOLVER
JUSTICIA	Pilar Llop Cuenca	2021 - Actualidad	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	MAGISTRADA
DEFENSA	Margarita Robles Fernández	2018 - Actualidad	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	MAGISTRADA
INTERIOR	Fernando Grande-Marlaska Gómez	2018 - Actualidad	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	MAGISTRADO
JUSTICIA	Juan Carlos Campo Moreno	2020 - 2021	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	MAGISTRADO
JUSTICIA	Dolores Delgado García	2018 - 2020	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	FISCAL
INTERIOR	Juan Ignacio Zoido Álvarez	2016 - 2018	PP, RAJOY	MAGISTRADO
JUSTICIA	Alberto Ruíz-Gallardón	2011 - 2014	PP, RAJOY	FISCAL
INTERIOR	Antonio Camacho Vizcaíno	2011 - 2011	PSOE, ZAPATERO	JUEZ / FISCAL
PRESIDENCIA	María Teresa Fernández de la Vega	2004 - 2010	PSOE, ZAPATERO	MAGISTRADA
JUSTICIA	Mariano Fernández Bermejo	2007 - 2009	PSOE, ZAPATERO	FISCAL
INTERIOR / DEFENSA	José Antonio Alonso Suárez	2004 – 2006 (Interior) 2006 – 2008 (Defensa)	PSOE, ZAPATERO	MAGISTRADO
JUSTICIA	Margarita Mariscal de Gante y Mirón	1996 - 2000	PP, AZNAR	MAGISTRADA

Cuadro de elaboración propia

Así, limitándonos a los supuestos estipulados en el apartado de metodología, se han registrado un total de siete casos en los que se ha producido de manera efectiva el reingreso al servicio activo en la Carrera Judicial o Fiscal después de haber desempeñado el cargo de Ministro. Por su parte, son cinco los casos en que aún no se ha regresado, pero podría regresarse. Los doce casos se encuentran recogidos en el cuadro, aunque a continuación vamos a tener oportunidad de ir desarrollando cada uno de ellos por separado. A pesar de que en la tabla el análisis se ha realizado siguiendo un orden cronológico inverso, abarcando desde los casos más recientes hasta los más antiguos, parece ahora de mayor conveniencia comenzar exponiendo el primero de los registrados, hasta llegar a los más actuales.

De este modo, procede iniciar el estudio por el Gobierno presidido por José María Aznar López. La única persona en protagonizar el reingreso a la Carrera Judicial tras ostentar el cargo de Ministra durante la presidencia de Aznar fue Margarita Mariscal de Gante y Mirón¹⁴. Margarita fue Ministra de Justicia desde mayo de 1996 hasta finales de abril del año 2000. Mientras ostentó el cargo de Ministra de Justicia permaneció en situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial¹⁵. Su reingreso en la misma se declaró una vez finalizó su mandato político en el año 2004, volviendo así al servicio activo¹⁶.

Durante el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero se registraron tres supuestos en los que se produjo el reingreso efectivo a la Carrera Judicial y Fiscal por parte de quienes habían ostentado el cargo de Ministro, mientras que hay tan sólo un caso en que aún no se ha regresado, pero podría regresarse. Por ser el único que aún no ha regresado, comenzamos con Antonio Camacho Vizcaino¹⁷, quien pasó de ser fiscal a ostentar el cargo de Ministro de Interior durante el breve periodo comprendido entre julio y diciembre del año 2011. En 2014 pasó de estar en situación de servicios especiales en la Carrera Fiscal a estar en excedencia voluntaria, formando parte desde 2018 del despacho Moreno Alarcón Abogados. Lo cierto es que no parece que tenga intención de volver, al menos por ahora, aunque el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal permite el reingreso¹⁸, por lo que su aparición era conveniente en este análisis.

Los que regresaron fueron María Teresa Fernández de la Vega¹⁹, Mariano Fernández Bermejo²⁰ y José Antonio Alonso Suárez²¹. En efecto, María Teresa Fernández de la Vega fue desde el año 2004 al 2010 Ministra de la Presidencia. Cuando en octubre de 2010 finalizó

¹⁴ La biografía de Margarita Mariscal de Gante y Mirón ha sido extraída de: <https://www.buscabiografias.com/biografia/verDetalle/1964/Margarita%20Mariscal%20de%20Gante> Consultado el día 30/03.

¹⁵ Real Decreto 1134/1996, de 17 de mayo, por el que se declara en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial a doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

¹⁶ Acuerdo de 5 de abril de 2004, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara el reingreso al servicio activo en la Carrera Judicial de la Magistrado doña Margarita Mariscal de Gante y Mirón.

¹⁷ La biografía de Antonio Camacho Vizcaino ha sido consultada en su currículum.

Disponible en: <https://es.linkedin.com/in/antonio-camacho-vizcaino-77750b184>. Consultado el día 28/03/2022.

¹⁸ Art. 46 Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal.

¹⁹ El currículum de María Teresa Fernández de la Vega se encuentra disponible en: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2020/07/biografia-delavega.pdf> Consultado el día: 26/05/2022.

²⁰ La biografía de Fernández Bermejo ha sido consultada en ANÓNIMO (2009), "Mariano Fernández Bermejo". *Expansión.com*. Disponible en: <https://www.expansion.com/actualidad/gente/bermejo.html> Consultado el día: 27/05/2022.

²¹ La biografía de Alonso Suárez ha sido consultada en ESPINO JIMÉNEZ, F.M. (2018), "José Antonio Alonso Suárez". *Real Academia de la Historia*. Disponible en: <https://dbe.rah.es/biografias/40590/jose-antonio-alonso-suarez> Consultado el día 30/03/2022.

su mandato, decidió reingresar al servicio activo en la Carrera Judicial²². Por su parte, Mariano Fernández Bermejo ostentó el cargo de Ministro de Justicia durante dos años, desde febrero de 2007 a febrero de 2009, hasta septiembre de 2011 fue además Diputado por Murcia. Como jurista, ha desarrollado su carrera en el Ministerio Fiscal, cuerpo al que ingresó en 1974. Una vez cesó como Diputado reingresó inmediatamente al servicio activo en la Carrera Fiscal²³. Por último, Alonso Suárez ocupó dos Ministerios durante la octava legislatura, siendo Ministro de Interior de 2004 a 2006 y Ministro de Defensa de 2006 a 2008. Una vez finalizado su mandato como Ministro, ostentó el cargo de Portavoz del Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados hasta 2012, momento en que decidió comunicar su decisión de abandonar la actividad política y regresar al servicio activo en la Carrera Judicial²⁴.

Durante el Gobierno de Mariano Rajoy no se registró ningún supuesto en que se haya producido el fenómeno que aquí se estudia, aunque hay dos casos en los que aún podría producirse. Se trata de Juan Ignacio Zoido Álvarez y Alberto Ruiz-Gallardón. Juan Ignacio Zoido fue Ministro de Interior en la XII legislatura, encontrándose actualmente en situación de servicios especiales en la Carrera Judicial por desempeñar el cargo de eurodiputado en el Parlamento Europeo²⁵, de modo que podría tomar la decisión de regresar una vez finalice su mandato²⁶.

A su vez, Alberto Ruiz-Gallardón²⁷ ostentó el cargo de Ministro de Justicia de diciembre de 2011 a septiembre de 2014. Tras una dilatada carrera política actualmente forma parte del despacho Ruiz Gallardón Abogados, de modo que, por no alargar en exceso este estudio, remitimos de nuevo a lo dispuesto en líneas precedentes para el caso de Antonio Camacho.

Finalmente, durante el Gobierno de nuestro actual Presidente, Pedro Sánchez Pérez-Castejón, tenemos a tres Ministros que ya han retomado su puesto en la Administración de Justicia, y dos que actualmente continúan ejerciendo como Ministros y que son magistrados, por lo que podrían regresar a la judicatura una vez finalice su mandato. Se trata de Pilar Llop Cuenca, Fernando Grande-Marlaska Gómez, Margarita Robles Fernández, Juan Carlos Campo Moreno y Dolores Delgado García.

²² Acuerdo de 28 de octubre de 2010, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se acuerda el reingreso al servicio activo de la Magistrada doña María Teresa Fernández de la Vega Sanz.

²³ Orden JUS/2851/2011, de 11 de octubre, por la que se reingresa al servicio activo en la Carrera Fiscal a don Mariano Fernández Bermejo.

²⁴ Acuerdo de 21 de diciembre de 2012, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se adscribe al Magistrado don José Antonio Alonso Suárez a la Audiencia Provincial de Madrid, orden penal.

²⁵ Acuerdo de 11 de julio de 2019, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara la continuidad en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial del Magistrado don Juan Ignacio Zoido Álvarez.

²⁶ La biografía de Zoido ha sido consultada en Parlamento Europeo, “Juan Ignacio Zoido Álvarez”. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/meps/es/197621/JUAN+IGNACIO_ZOIDO+ALVAREZ/cv#detailedcardme Consultado el día 28/03/2022. Algunos datos también han sido consultados en su Currículo, disponible en: <https://www.modelocurriculum.net/biografias/politicos/juan-ignacio-zoido> Consultado el día 28/03/2022.

²⁷ Información extraída de la siguiente normativa: Orden de 26 de noviembre de 1982 por la que se declara en situación de excedencia voluntaria en la Carrera Fiscal a don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez. Real Decreto 1826/2011, de 21 de diciembre, por el que se nombran Ministros del Gobierno. Real Decreto 815/2014, de 23 de septiembre, por el que se dispone el cese de don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez como Ministro de Justicia.

Pilar Llop es la actual Ministra de Justicia y Fernando Grande-Marlaska es desde el año 2018 Ministro de Interior. Ambos podrían efectivamente regresar a la Carrera Judicial una vez finalicen su mandato político. Por su parte, el caso de Margarita Robles es especialmente interesante²⁸. Es la actual Ministra de Defensa desde el año 2018, y si se ha dicho que su caso es interesante no ha sido sin razones fundadas. Margarita ingresó en la Carrera Judicial en la vigésimo séptima Promoción de Jueces y Fiscales. Tras ello, inició su carrera política, siendo Secretaria de Estado de Interior desde 1994 a 1996, año en el que regresa como Magistrada de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. En 2004 es nombrada Magistrada de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, anunciando sorprendentemente en 2016 su retorno a la actividad política, en la que desempeña diversos cargos hasta llegar a ser nombrada Ministra de Defensa. Al igual que los dos casos anteriores, se encuentra en situación de servicios especiales²⁹, por lo que no resultaría extraño que decidiera volver nuevamente a la Carrera Judicial, en una maniobra similar a la que realizó cuando pasó de ser Secretaria de Estado a Magistrada de la Audiencia Nacional.

Juan Carlos Campo Moreno ostentó el cargo de Ministro de Justicia desde enero de 2020 a julio de 2021³⁰. Tras cesar como Ministro de Justicia en julio del año 2021, decidió efectivamente regresar a la Carrera Judicial, reincorporándose a su plaza de magistrado en la Audiencia Nacional³¹.

Para terminar, traemos a colación el caso de Dolores Delgado García³², quien se ha visto envuelta en multitud de polémicas. Dolores Delgado fue Ministra de Justicia desde junio de 2018 hasta enero de 2020. Con carácter previo a la actividad política, desarrolló su carrera profesional como miembro del Ministerio Fiscal, cuerpo en el que ingresó en el año 1989. Al finalizar su mandato como Ministra de Justicia fue nombrada Fiscal General del Estado, tomando posesión del cargo en febrero de 2020, un mes después de abandonar la carrera política.

Con este último supuesto se habría dado por finalizado el análisis relativo a los Ministros, y cabría ahora comenzar con el de los Secretarios de Estado. Esta primera parte nos ha dejado un total de doce casos en los que jueces y fiscales españoles han pasado de la Carrera Judicial o Fiscal a ostentar el cargo de Ministro. Siete de ellos han regresado a la Administración de Justicia tras cesar en el cargo, mientras que los cinco restantes aún no lo han hecho, pero podrían hacerlo. Es de resaltar como el fenómeno va aumentando a medida que avanzamos en el tiempo, siendo bajo el gobierno de nuestro actual Presidente donde el número de casos sufre un incremento significativo, factor que puede sernos particularmente útil llegado el momento de extraer conclusiones y que recomendamos mantener en mente. Además, como era de esperar, es con relación al Ministerio de Justicia en torno al que se produce el mayor

²⁸ La biografía de Margarita Robles ha sido consultada en Ministerio de Defensa, “Margarita Robles Fernández”. *Gobierno de España*. Disponible en: <https://www.defensa.gob.es/ministerio/ministra/> Consultado el día 27/03/2022.

²⁹ Acuerdo de 21 de junio de 2018, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara la continuidad en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial a la Magistrada doña Margarita Robles Fernández.

³⁰ La biografía de Campo Moreno ha sido consultada en La Moncloa, “Juan Carlos Campo Moreno”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/Paginas/130120-juancarloscampo.aspx> Consultado el día 28/03/2022.

³¹ Tras reincorporarse a su plaza de magistrado en la Audiencia Nacional, Juan Carlos Campo Moreno ha sido designado Magistrado del Tribunal Constitucional a través del Real Decreto 1092/2022, de 30 de diciembre, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Juan Carlos Campo Moreno.

³² La biografía de Dolores Delgado ha sido consultada en Ministerio Fiscal España, “Dolores Delgado García”. Disponible en: <https://www.fiscal.es/-/fiscal-general-del-estado> Consultado el día 28/03/2022.

número de supuestos, seguido por el Ministerio de Interior y el de Defensa, datos asimismo sugerentes de cara a realizar las correspondientes valoraciones.

3.3. Análisis empírico. El retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras ostentar el cargo de Secretario de Estado en el Gobierno de España (legislaturas XIV a VI).

A continuación, se va a proceder de idéntica manera, pero esta vez se van a tener en cuenta los Secretarios de Estado, de los que cabe advertir que, tal y como puede observarse en el cuadro, el número de casos en que se pone en práctica el fenómeno estudiado se reduce a la mitad.

SECRETARÍA DE ESTADO	TITULAR SECRETARÍA DE ESTADO	NOMBRA-MIENTO Y CESE	GOBIERNO	CARGO QUE OSTENTABA Y AL QUE VUELVE O PODRÍA VOLVER
SEGURIDAD	Rafael Pérez Ruiz	2020 - Actualidad	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	MAGISTRADO
JUSTICIA	Manuel Jesús Dolz Lago	2018 - 2020	PSOE, PEDRO SÁNCHEZ	FISCAL
SEGURIDAD	Ignacio Ulloa Rubio	2011 - 2013	PP, RAJOY	JUEZ / FISCAL / MAGISTRADO
JUSTICIA	Fernando Román García	2011 – 2014	PP, RAJOY	JUEZ / FISCAL / MAGISTRADO
JUSTICIA	Juan Carlos Campo Moreno	2009 - 2011	PSOE, ZAPATERO	MAGISTRADO
SEGURIDAD	Antonio Camacho Vizcaíno	2004 – 2011	PSOE, ZAPATERO	FISCAL / JUEZ

Cuadro de elaboración propia

Así, limitándonos nuevamente a los supuestos concretados en el apartado destinado a indicar la metodología empleada, hemos registrado un total de seis supuestos en que miembros integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal ponen en pausa su carrera para ostentar el cargo de Secretario de Estado. De entre ellos, tres han regresado una vez finalizado el mandato político, y los otros tres aún no han regresado, pero podrían hacerlo. Nuevamente se va a exponer caso por caso de manera detallada. No obstante, ya advertimos que al igual que se hizo con los Ministros, se va a llevar a cabo por presidencias, comenzando por la primera de las estudiadas hasta llegar al actual Presidente del Gobierno de España. Se considera que seguir este orden permite una mejor comprensión de la evolución del fenómeno en el tiempo.

Bajo el mandato de José María Aznar López no se produjo ningún supuesto, por lo que procede continuar con el siguiente en la línea cronológica. En efecto, se trata de José Luis Rodríguez Zapatero. Durante su gobierno observamos dos casos en que Secretarios de Estado han sido previamente jueces o fiscales, reingresando tan sólo uno de ellos al servicio activo tras cesar en el cargo. El que aún no ha regresado podría hacerlo, de ahí la necesidad de incorporarlo al análisis. Nos referimos a Juan Carlos Campo Moreno y a Antonio Camacho Vizcaíno, de los que ya se ha hablado en el epígrafe anterior. Ambos fueron

titulares de una Secretaría de Estado, la de Justicia y Seguridad respectivamente. Así, en virtud de cualesquiera de los dos cargos pusieron en práctica el fenómeno estudiado, lo que justifica su inclusión en uno y otro epígrafe, siendo Campo Moreno el que ha regresado al servicio activo y Camacho Vizcaino el que podría regresar.

Al igual que ocurrió con Zapatero, durante el Gobierno de Mariano Rajoy se registraron un total de dos casos, regresando uno de ellos tras finalizar como Secretario de Estado, mientras que el otro aún no ha regresado, pero podría hacerlo. Hablamos en esta ocasión de Ignacio Ulloa Rubio y Fernando Román García. Ulloa Rubio es el que podría regresar, en la medida en que se encuentra en situación administrativa de servicios especiales³³; mientras que Fernando Román García se reincorporó tras cesar como Secretario de Estado de Justicia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, siendo nombrado en 2018 Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo³⁴.

De nuevo, bajo el mandato del actual Presidente del Gobierno de España, Pedro Sánchez Pérez-Castejón, se han producido dos casos en que Secretarios de Estado lo han sido poniendo en pausa su puesto en la impartición de Justicia, regresando tan sólo uno de ellos, mientras que el otro se encuentra actualmente en el cargo. Se trata de Rafael Pérez Ruiz, Secretario de Estado de Seguridad desde el mes de enero del año 2020. En tanto desempeñe el cargo de Secretario de Estado se encuentra en situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial³⁵, por lo que sería posible su reingreso en la misma una vez finalice su mandato y ponga fin a su carrera política. El que ha regresado es Manuel Jesús Dolz Lago. Para ostentar el cargo de Secretario de Estado solicitó que se le declarase en situación administrativa de servicios especiales, petición que se le concedió en 2018, y en la que permaneció hasta 2020³⁶. Una vez finalizó su mandato como Secretario de Estado ese mismo año, volvió a incorporarse al servicio activo en la carrera fiscal como Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo³⁷.

Concluido el análisis, observamos como se han producido un total de seis casos (la mitad que en relación con los Ministros) en que jueces y fiscales han pasado a desempeñar el cargo de Secretario de Estado. Tres de ellos han regresado a la judicatura o al Ministerio Público y los otros tres podrían regresar. Así, fácilmente puede percibirse que, en comparación con los Ministerios, la puesta en práctica de este fenómeno afecta en menor medida a las Secretarías de Estado. Ahora bien, en cierto modo el fin de este trabajo no es ver ambos casos de forma aislada, sino alcanzar un tratamiento conjunto de uno y otro y sacar conclusiones sobre la base de la suma de los dos resultados. Además, cabe resaltar que a diferencia de lo que ocurría en relación con los Ministerios, donde el número de casos iba en aumento conforme avanzábamos en el tiempo, en esta ocasión vemos como los supuestos son prácticamente los mismos a medida que nos hemos ido acercando a la actualidad.

³³ Acuerdo de 17 de enero de 2012, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial al Magistrado don Ignacio Ulloa Rubio.

³⁴ Real Decreto 68/2018, de 9 de febrero, por el que se promueve a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a don Fernando Román García.

³⁵ Acuerdo de 23 de enero de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se declara la continuidad en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Judicial del Magistrado don Rafael Pérez Ruiz.

³⁶ Orden JUS/663/2018, de 19 de junio, por la que se declara en la situación administrativa de servicios especiales en la Carrera Fiscal a don Manuel Jesús Dolz Lago.

³⁷ Orden JUS/143/2020, de 4 de febrero, por la que se reingresa al servicio activo en la Carrera Fiscal a don Manuel-Jesús Dolz Lago.

En definitiva, serían un total de dieciocho casos si sumamos aquellos que han ostentado el cargo de Ministro junto con aquellos otros que han ostentado el de Secretario de Estado, de los cuales en diez ocasiones se ha producido el reingreso al servicio activo de manera efectiva, mientras que con relación a los ocho restantes no se ha producido, pero podría producirse. Como se verá más adelante, este factor será determinante en nuestras consideraciones finales.

4. Análisis normativo. Mecanismos de retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras su paso por política.

4.1. El modelo de juez y de fiscal según la Constitución Española. Especial referencia a la nota de imparcialidad.

En el epígrafe anterior ya dimos el número exhaustivo de supuestos en que, en los últimos 25 años aproximadamente, se ha producido el retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras su paso por el Ejecutivo. Si la finalidad del epígrafe anterior era ver la trascendencia del fenómeno analizado para determinar si podía ser calificado o no de puerta giratoria, en este punto lo que se pretende es estudiar cómo puede llevarse a cabo esa intercambiabilidad de profesiones; esto es, los mecanismos que proporciona el ordenamiento jurídico español para ello. Solo así podremos responder posteriormente a la pregunta de si es o no suficiente la regulación prevista, así como si es o no compatible con los principios constitucionales. Para ello, apuntaremos en primer lugar las notas características del modelo de juez y fiscal español según la Constitución y la normativa española, haciendo especial referencia a la nota de imparcialidad, por ser la más afectada en el eventual retorno que se pudiera producir.

Comenzando por los jueces y magistrados³⁸, el artículo 117.1 de la Constitución dispone que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Por su parte, la referencia a que la justicia “emana del pueblo”, encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Constitución. En virtud de éste “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Que los jueces sean inamovibles, responsables y que estén sometidos únicamente al imperio de la ley es una manifestación de su legitimación democrática, siendo esta última nota la máxima expresión de dicha legitimación³⁹. Así, los jueces no pueden tomar decisiones arbitrarias. Sus decisiones deben estar siempre debidamente motivadas⁴⁰.

³⁸ El análisis del Poder Judicial ha sido una de las materias de estudio preferidas por los académicos. No obstante, no podemos en este momento detenernos en un análisis exhaustivo. Sobre esta cuestión, véanse, entre otros, MURILLO DE LA CUEVA, P.L. (2018), *La independencia y el gobierno de los jueces: un debate constitucional*. Madrid: Editorial Reus. OLLERO, A. (2022), *La justicia en el escaparate*. Valencia: Tirant lo Blanch. ARAGÓN REYES, M. y AGUADO RENEDO, C. (2011), *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado. Tomo II*. Madrid: Civitas. GARCÍA ROCA, J. y VIDAL ZAPATERO, J.M. (2009), “El Derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1) una garantía concreta y de mínimos antes de una regla de la justicia”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P.: *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

³⁹ En este sentido, STC 204/1994, de 11 de julio; STC 159/1986, de 16 de diciembre y STC 150/1989, de 25 de septiembre.

⁴⁰ Sobre el deber de motivar las Sentencias, consultar STC 26/2009, de 26 de enero.

En lo que respecta a la nota de independencia, la autonomía judicial se inicia en nuestro país con la Constitución de 1812, Constitución que ya imponía a los jueces la prohibición de desempeñar funciones distintas a las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y que inspiraría todo el constitucionalismo del siglo XIX⁴¹. Ahora bien, no fue sino la Constitución de 1869 la que supuso un auténtico giro en la impartición de Justicia. A ella debemos la existencia de una verdadera Carrera Judicial, auténticamente configurada, con acceso por oposición y con una reducción notable de interferencias por parte del Ejecutivo⁴².

Así, mientras que la presencia de independencia en el texto constitucional data desde 1812, la imparcialidad no aparece. Y es que, por sorprendente que pueda parecer, la Constitución no hace alusión alguna a la nota de imparcialidad en relación con los jueces⁴³. Cabe entonces preguntarse si la independencia es lo mismo que la imparcialidad, o si la una queda integrada en la otra⁴⁴.

Los deberes de independencia e imparcialidad tienen una doble finalidad. De un lado, se busca que los ciudadanos sean juzgados desde el Derecho, pues no olvidemos que la propia Constitución recoge en su artículo 24 el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva⁴⁵. Y, de otro, se busca asimismo proteger la credibilidad de las decisiones judiciales. Es importante incidir en este último aspecto, pues ya seamos detractores o estemos a favor del retorno de jueces y fiscales a la Administración de Justicia después de ostentar un cargo político, no podemos negar que la imagen de un poder independiente como es el Poder Judicial se podría ver desvirtuada si sus miembros han pasado por otro de los poderes del Estado, el Ejecutivo.

A nivel supranacional, tanto el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶, como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷, reconocen el derecho de toda persona a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial. Pero, ¿en qué se diferencian concretamente los deberes de independencia e imparcialidad? En este sentido, se ha afirmado que el deber de independencia tiene como fin evitar “influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional”⁴⁸. Por su parte, el deber de imparcialidad trata de evitar “influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional”⁴⁹. Así, la independencia pretende evitar injerencias sobre la labor jurisdiccional desarrollada por el

⁴¹ Artículo 245 de la Constitución de 1812: “Los Tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se execute lo juzgado”.

⁴² La configuración del Poder Judicial en la Constitución de 1869 se lleva a cabo en el Título Séptimo “Del Poder Judicial”, arts. 91 - 98.

⁴³ De ello han dado cuenta multitud de autores, como Rafael Jiménez Asensio en ASENSIO JIMÉNEZ, R. (2012), “Imparcialidad Judicial: Su proyección sobre los deberes (Código de Conducta) y Derechos fundamentales del Juez” en SAIZ ARNAIZ, A. (dir.): *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 28 y 29. O Ángel Rodríguez en RODRÍGUEZ, A. (2018), “Jueces, Sociedad y Política”, en PENDÁS, B (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, pág. 4072.

⁴⁴ Seguimos en este punto las reflexiones de Josep Aguiló Regla, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. AGUILÓ REGLA, J. (2009), “Imparcialidad y concepciones del Derecho”. *Jurídicas*, Vol.6, Nº.2, págs. 27-44, de donde se han extraído las ideas principales sobre independencia e imparcialidad.

⁴⁵ Artículo 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁴⁶ Artículo 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...”.

⁴⁷ Artículo 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...”.

⁴⁸ AGUILÓ REGLA, J. (2009), “Imparcialidad y concepciones del Derecho”. *Jurídicas*, Vol.6, Nº.2: pág 30.

⁴⁹ AGUILÓ REGLA, J. (2009), “Imparcialidad y concepciones del Derecho”. *Jurídicas*, Vol.6, Nº.2: pág 30.

órgano judicial procedentes del exterior. Se trata de una garantía tanto para el juez como para las partes del proceso. En cambio, la imparcialidad integra el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes del proceso frente al propio juez. En consecuencia, siguiendo estas líneas, la diferencia entre uno y otro principio radicaría en la procedencia desde donde se originan las influencias y en sus destinatarios.

Además, hay quienes a su vez diferencian entre independencia interna y externa⁵⁰. Mientras que la primera haría referencia a la ausencia de presiones desde dentro del propio Poder Judicial, la segunda alude a la falta de estas desde fuera del mismo⁵¹. De igual modo, la imparcialidad puede ser vista desde una doble óptica, subjetiva y objetiva, según la influencia proceda respecto de las partes o del objeto del litigio⁵². Esta idea sería compatible con la anterior. Ya estemos hablando de la independencia interna o de la externa, ambas siguen siendo ajenas al proceso jurisdiccional; y lo mismo puede decirse de la imparcialidad, sea subjetiva u objetiva, ambas procederían de dentro del proceso jurisdiccional. En definitiva, la independencia estaría relacionada con el propio órgano juzgador; mientras que la imparcialidad lo estaría con la manera en que ese órgano ejerce su función de juzgar⁵³.

Cabe entonces concluir que, si bien no estamos ante conceptos intercambiables, sí existe una amplia interrelación entre uno y otro, hasta el punto de que hay quien afirma que sin independencia no hay imparcialidad⁵⁴. Esto es, la falta de independencia puede repercutir en falta de imparcialidad. En cambio, en lo que coinciden la práctica totalidad de autores es en que la independencia y la imparcialidad de los jueces vienen a conformar la razón de la existencia misma del Estado de Derecho⁵⁵.

Otro tanto puede decirse del Ministerio Fiscal⁵⁶. El Estatuto Orgánico de sus miembros dispone en su artículo primero que “El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Este precepto deja ver la relevancia que, junto a los miembros de la Carrera Judicial, tienen los

⁵⁰ Rafael Bustos Gisbert, al ser entrevistado en relación con la independencia del Poder Judicial, realiza esa diferenciación. BUSTOS GISBERT, R.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.; RODRÍGUEZ, A. (2016), “Encuesta: La independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 38: págs. 18 y 19.

⁵¹ Para profundizar sobre el concepto de independencia judicial, consultar STJUE de 30 de marzo de 1993 (C-24/92, apartado 15); STJUE de 30 de mayo de 2002 (C-516/99, apartado 36) o STJUE de 19 de septiembre de 2006 (C-506/04, apartado 49).

⁵² En este sentido, STC 47/1982, de 12 de julio; STC 47/1983, de 31 de mayo y STC 44/1985, de 22 de marzo. Además, la jurisprudencia del TEDH así lo ha venido interpretando. Al respecto, véase RODRÍGUEZ, A. (2016), *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 299.

⁵³ RODRÍGUEZ, A. (2016), *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 572.

⁵⁴ En este sentido, Salvador Viada, fiscal del Tribunal Supremo, sostiene que: “La imparcialidad del juez es la garantía última de que los ciudadanos somos iguales ante la ley, y también del Estado de Derecho y la independencia es a su vez el instrumento elegido para que los jueces sean imparciales”. VIADA, S. (2018), “Independencia e imparcialidad de la Justicia: de nuevo sobre el CGPJ y el GRECO”. *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2018/01/27/independencia-e-imparcialidad-la-justicia-nuevo-cgpj-greco/> Consultado el día 27/03/22.

⁵⁵ Y así lo dispone Pablo Lucas Murillo de la Cueva. BUSTOS GISBERT, R.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.; RODRÍGUEZ, A. (2016), “Encuesta: La independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 38: pág. 22.

⁵⁶ Sobre la independencia y la imparcialidad del Ministerio Fiscal consultar DÍZ-PICAZO, L. (2000), “¿Debe el Ministerio Fiscal ser independiente?”, *Revista de occidente*, N°227: págs. 103-122.

integrantes de esta institución para la Administración de Justicia. A diferencia de lo que sucede, como hemos visto, en el caso del Poder Judicial, la propia Constitución recoge de forma expresa la necesidad de que este cuerpo actúe guiado por la imparcialidad (art. 124.2 CE). Del mismo modo lo hace el Estatuto Orgánico de sus miembros en su artículo segundo⁵⁷. Esto no nos lleva sino a concluir el papel protagonista que este principio juega en un Estado.

Téngase en cuenta que cuando un juez o fiscal pasa a ejercer el cargo de Ministro o de Secretario de Estado bajo un concreto Gobierno sigue formando parte de la Carrera Judicial o Fiscal. Esto es, tal y como recoge la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encontrará en situación de servicios especiales o en excedencia voluntaria, de modo que seguirá siendo miembro integrante del cuerpo en cuestión. Ahora bien, lógicamente es inevitable que siga siendo percibido por los ciudadanos como un juez, o como un fiscal, pero, en cambio, ya se le asociará a una determinada ideología por estar vinculado a uno u otro partido político, lo que se acentúa aún más si una vez finalizado el mandato político regresa a la judicatura. Es aquí donde cobra relevancia la figura de las *apariencias*.

Y es que todos los ciudadanos, por el mero hecho de serlo, somos titulares de una serie de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de expresión. Los jueces — y fiscales —, en tanto ciudadanos, son asimismo titulares de esos derechos, pues no encontramos en el texto constitucional disposición alguna en contrario. Ahora bien, sí que existen límites al ejercicio de esa libertad de expresión, ya sean recogidos de forma implícita en la Constitución, ya sea de forma expresa en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde explícitamente se reconoce como límite la “garantía de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”⁵⁸. Y es que “la justicia no sólo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra”⁵⁹, siendo precisamente aquí donde cobran relevancia las ya mencionadas *apariencias*. Así, siendo cierto que los jueces y fiscales gozan de un derecho a la libertad de expresión, la imparcialidad y la apariencia de esa imparcialidad vienen a constituir el principal límite a su ejercicio; factor que conviene especialmente tomar en consideración y recordar que, si bien existe para los integrantes de ambas carreras, judicial y fiscal, el derecho a manifestar libremente sus opiniones e ideas, este derecho debe ser cuidadosamente ejercitado⁶⁰.

Para terminar, una vez ha quedado consolidada la relevancia de que quienes administran Justicia sean independientes e imparciales, quizá sea interesante cuestionarse si existe en España independencia en la Justicia respecto del poder político, o si la ciudadanía lo percibe así. Las opiniones al efecto son igualmente divergentes. Por un lado, se afirma que en España

⁵⁷ “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”. (Art. 2.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

⁵⁸ Las disposiciones del art. 10.2 CEDH como límite de la libertad de expresión solo operan si encuentran reflejo en otro bien o derecho constitucionalmente protegido. En esta ocasión el derecho a un juez independiente e imparcial como parte del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) justificaría la aplicación de dichos límites.

⁵⁹ Según un adagio inglés citado particularmente en la STEDH *Delcourt* de 17 de enero de 1970 (apartado 31): “justice must not only be done: it must also be seen to be done”. En el mismo sentido, véase STEDH de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber v. Bélgica* (apartado 26) o STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto *Otegi Mondragon y otros c. España* (apartado 57).

⁶⁰ Sobre la imparcialidad y la apariencia de imparcialidad como límite al Derecho de libertad de expresión de los jueces, consultar STC 46/1998, de 2 de marzo (fundamento jurídico 5) o STEDH Caso de Haes y Gijssels contra Bélgica, Sentencia de 24 de febrero de 1997 (apartado 11).

la independencia del Poder Judicial respecto del poder político está satisfactoriamente garantizada, incidiéndose en que los Ministros no tienen margen de maniobra alguno que les permita injerirse en los asuntos judiciales⁶¹. En sentido contrario, se ha sostenido que el nivel de independencia de uno respecto al otro “dista mucho de ser el deseable”⁶². Asimismo, en el Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía del año 2015 un 42% de los encuestados consideró que los jueces no son imparciales, esto es, que actúan con predisposición a favor o en contra de alguna de las partes del proceso⁶³. Esta cifra parece bastante elevada si tenemos en cuenta la trascendencia de lo que se está preguntando.

En definitiva, podríamos concluir que el modelo de juez y fiscal en España se caracteriza esencialmente por las notas de independencia e imparcialidad, deberes dotados de un contenido distinto, pero íntimamente relacionados, y cuyos últimos destinatarios somos los propios ciudadanos. Merece destacarse la necesidad de procurar la preservación no solo de su existencia, sino también de su apariencia. Así, los jueces y fiscales deberán ser extremadamente prudentes a la hora de manifestar opiniones o posicionarse a favor o en contra de cualesquiera ideas o pensamientos, pues la salvaguarda de la independencia e imparcialidad del Poder Judicial constituye el límite principal al ejercicio de su derecho de libertad de expresión; especialmente cuando tanto la opinión pública como numerosos expertos cuestionan la verdadera existencia de imparcialidad en nuestro Poder Judicial.

4.2. El tránsito de la Carrera Judicial y Fiscal a la política. La situación Administrativa de Servicios Especiales y la situación de Excedencia Voluntaria. Su relación con las restricciones de los artículos 117 y 127 CE.

A lo largo de todo el trabajo hemos hecho mención al retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial y Fiscal tras su paso por el Ejecutivo, presuponiendo su admisión por el ordenamiento jurídico español, pero sin detenernos a analizar cómo se puede producir de forma efectiva el traspaso de una disciplina a otra. A lo que se aspira en este punto es a estudiar exhaustivamente cuáles son los instrumentos o mecanismos que proporciona nuestra normativa para llevar a cabo el paso de la Carrera Judicial o Fiscal a la política. Esto es, aquellos mecanismos que permiten conservar las respectivas plazas en una y otra Carrera y posteriormente reingresar al servicio activo en las mismas. Simultáneamente, se intentará poner en relación con las restricciones e incompatibilidades contempladas en nuestra Carta Magna para jueces y fiscales en los artículos 117 y 127 CE, al objeto de determinar su compatibilidad o incompatibilidad con la regulación prevista al efecto por el ordenamiento español.

Para comenzar, resulta oportuno realizar un breve repaso histórico de los mecanismos que ha ido poniendo a disposición la Ley Orgánica del Poder Judicial para pasar de la Carrera Judicial o Fiscal a la política y posteriormente regresar, desde su entrada en vigor en el año 1985 hasta la actualidad. Los instrumentos empleados han sido dos, y se han venido alternando desde entonces, haciéndose uso durante algunos años de la situación

⁶¹ Volviendo a hacer uso de la encuesta realizada en el año 2016, empleamos ahora palabras de Juan Fernando López Aguilar. BUSTOS GISBERT, R.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.; RODRÍGUEZ, A. (2016), “Encuesta: La independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 38: pág. 21.

⁶² Opinión manifestada por Ángel Rodríguez también en BUSTOS GISBERT, R.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.; RODRÍGUEZ, A. (2016), “Encuesta: La independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 38: pág. 28.

⁶³ DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, E. (2019), “Las puertas giratorias entre política y Justicia siguen girando como siempre”. *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2019/06/16/las-puertas-giratorias-entre-politica-y-justicia-siguen-girando-como-siempre/> Consultado el día 26/03/2022.

administrativa de servicios especiales y durante otros de la situación de excedencia voluntaria.

Tanto jueces como fiscales pueden encontrarse en diversas situaciones administrativas. Concretamente, el artículo 348 LOPJ dispone que los jueces y magistrados pueden encontrarse en situación de servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspensión de funciones o excedencia por razón de violencia sobre la mujer. Como ya se ha advertido, lo que interesa en este trabajo es el tránsito de la situación de servicio activo a la de excedencia voluntaria o de servicios especiales, regresando en un momento posterior a la primera situación, lo que justifica que centremos nuestra atención únicamente en estos dos últimos instrumentos. Ahora bien, antes de comenzar con el estudio de su evolución en el tiempo, es importante tomar en consideración que las alusiones que hagamos a los artículos relativos a la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre jueces y magistrados resultan igualmente de aplicación a los miembros del Ministerio Público. Así lo dispone expresamente el artículo 47 de la Ley por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con su disposición adicional primera⁶⁴.

Cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial entra en vigor en el año 1985, es el artículo 354 LOPJ⁶⁵ el que regula el tránsito de la Carrera Judicial a la política. El precepto establecía que los Jueces y Magistrados que fueran nombrados para cargo político o de confianza debían comunicar al Consejo General del Poder Judicial la aceptación o renuncia del cargo para el que hubieran sido designados, determinando automáticamente la aceptación o toma de posesión del citado cargo la adhesión del nombrado a la situación administrativa de servicios especiales. Una vez cesaran en el cargo, se disponía de un periodo de 20 días, a contar desde el siguiente al cese, para reingresar al servicio activo. De no ser así se pasaba necesariamente a situación de excedencia voluntaria por interés particular⁶⁶.

En 1997 se produce una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que modifica el artículo 354 LOPJ⁶⁷, que pasa ahora a determinar que la aceptación o toma de posesión por parte de aquellos jueces y magistrados designados para cargo político o de confianza determinaba su adhesión a la situación de excedencia voluntaria, no así a la de servicios especiales. Esta última situación se reservó, en virtud del artículo 352 LOPJ, a aquellos jueces y magistrados que prestaran servicios en cargos relacionados con la Administración de Justicia que no tuvieran rango superior al de Director General, “en cualquier Departamento ministerial”. Así, si recordamos que nuestro análisis se centra exclusivamente en los cargos de Ministro y Secretario de Estado, ambos de rango superior al de Director

⁶⁴ Artículo 47. “Las situaciones administrativas en la Carrera Fiscal se acomodarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados y serán desarrolladas reglamentariamente”. *Disposición adicional primera*. “En cuanto a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de la Carrera Fiscal, incapacidades, situaciones administrativas, deberes y derechos, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los mismos, será de aplicación supletoria lo dispuesto para Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

⁶⁵ Art. 354 LOPJ 1985. “1. Los Jueces y Magistrados que fueren nombrados para cargo político o de confianza de carácter no permanente deberán comunicar al Consejo General del Poder Judicial la aceptación o renuncia del cargo para el que hubieren sido nombrados dentro de los ocho días siguientes a la publicación del nombramiento en el «Boletín Oficial del Estado» o de la Comunidad Autónoma. 2. La aceptación o la toma de posesión del expresado cargo determinará automáticamente la situación de servicios especiales del nombrado, con aplicación del régimen prescrito en el artículo 353”.

⁶⁶ Art. 355 LOPJ 1985: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 352, 2, d), quienes estén en situación de servicios especiales deberán incorporarse a su plaza o a la que durante esta situación hubiesen obtenido, dentro del plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del cese en el cargo o desde la fecha de licencia. De no hacerlo así, pasarán automáticamente a la situación de excedencia voluntaria por interés particular”.

⁶⁷ Art. 354 LOPJ 1997: “2. La aceptación o la toma de posesión del expresado cargo determinará el pase a la situación de excedencia voluntaria”.

General en el escalafón administrativo, la situación que nos interesa es solamente la de excedencia voluntaria.

Del mismo modo, resulta también de relevancia hacer mención a un matiz introducido por esta reforma de 1997. Esto es así en la medida en que a través de ella se introduce para aquellos jueces y magistrados que hubieran cesado en el desempeño de cargos políticos o de confianza un periodo de enfriamiento obligatorio de tres años de excedencia forzosa, durante el que no podían regresar al servicio activo⁶⁸. Este periodo de enfriamiento fue suprimido en una reforma posterior y actualmente no existe, pero podría sernos de utilidad cuando llegue el momento de extraer conclusiones y hacer valoraciones.

Prosiguiendo con la evolución de su regulación, la siguiente modificación se produjo en el año 2004, entrando en vigor a partir del 15 de enero de ese mismo año, aunque no fue especialmente significativa. Se mantiene como mecanismo empleado la excedencia voluntaria, que pasa ahora a regularse por el artículo 356 LOPJ, concretamente en su letra f). La situación se mantuvo intacta con la reforma del año 2007.

Ahora bien, no cabe decir lo mismo de la reforma llevada a cabo en el año 2011. En efecto, las variaciones más reveladoras en la materia que nos ocupa se producen con la enmienda efectuada a la Ley Orgánica del Poder Judicial en ese año, y se materializan en su artículo 351 LOPJ. Este último precepto disponía de forma expresa que los jueces y magistrados serían declarados en la situación de servicios especiales cuando fueran designados para cargo político o de confianza en virtud de Real Decreto o Decreto autonómico. De este modo, vuelve a utilizarse como instrumento la situación administrativa de servicios especiales que se utilizó inicialmente cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial entró en vigor en el año 1985. No obstante, quizá lo más elocuente de esta reforma no fue la vuelta a la utilización de la situación administrativa de servicios especiales, sino el añadido final del artículo 351 LOPJ. En él se establecía una especie de causa de abstención para aquellos miembros que reingresasen a la Carrera Judicial (o fiscal) tras ostentar un cargo “político o de confianza”, debiendo “abstenerse de conocer de los asuntos concretos vinculados con su actividad política”. Así, se establece por primera vez un mecanismo de control sobre el eventual retorno que pudiera producirse por parte de aquellos que hubieran puesto en suspenso su carrera en la Administración de Justicia. Este instrumento de control sigue existiendo en la actualidad, aunque con algunas alteraciones, y sin duda alguna sentó un precedente.

Acercándonos ya a la actualidad, en el año 2019 se produce nuevamente una modificación del artículo 351 LOPJ, pero su esencia permanece inalterada, conservándose la utilización de la situación administrativa de servicios especiales. Se mantiene asimismo la causa de abstención que se introdujo en 2011, y que ahora además serviría como causa de recusación. Así, el último inciso del artículo 351 LOPJ pasa a disponer que “los jueces y magistrados, y los funcionarios de otros cuerpos, que reingresen en la Carrera correspondiente deberán abstenerse, y en su caso podrán ser recusados, de intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público”.

Recientemente, en el mes de julio de 2021 se volvió a reformar el precepto, aunque el apartado que es de nuestro interés se mantuvo intacto. En consecuencia, en la actualidad continuamos haciendo uso de la situación administrativa de servicios especiales para pasar

⁶⁸ Este periodo de enfriamiento se establecía en el artículo 357 LOPJ, y entró en vigor con la reforma llevada a cabo a partir del 6 de diciembre de 1997.

de la Carrera Judicial o Fiscal a la actividad política. Igualmente, todos aquellos que reingresen al servicio activo tras haber pasado por el Ejecutivo podrán ser recusados, o deberán abstenerse de conocer cuando se trate de asuntos relacionados con partidos políticos o sus integrantes (art. 351 último inciso LOPJ). Por último, al objeto de completar la regulación, cabe decir que a día de hoy, una vez se finaliza en el cargo o mandato determinante de la declaración de la situación administrativa de servicios especiales, se dispone de un plazo máximo de 10 días, a contar desde el siguiente al cese, para solicitar el reingreso al servicio activo, y un límite de 20 días para reincorporarse de forma efectiva al mismo, pasándose de lo contrario a ser declarado en situación de excedencia voluntaria (art. 355 LOPJ).

Una vez finalizado el repaso histórico de su regulación, y habiendo visto como se ha ido sucediendo la utilización de los dos mecanismos en el tiempo, cabe abordar las diferencias existentes entre una y otra situación. Lo cierto es que las diferencias son varias, destacando la situación de servicios especiales sobre la excedencia voluntaria por ser especialmente beneficiosa si la comparamos con ésta última. En particular, “a los jueces y magistrados en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos. Tendrán derecho a la reserva de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma y se les tendrán en cuenta los servicios prestados en los mismos, a efectos de promoción y de provisión de plazas, como si hubieran sido efectivamente prestados en el orden jurisdiccional de la plaza que ocupasen al pasar a esa situación o la que pudieren obtener durante su permanencia en la misma” (art. 354.2 LOPJ). Contrariamente, “la excedencia voluntaria, en sus distintas modalidades, no produce reserva de plaza”. Y, además, por regla general, “el juez o magistrado, mientras se encuentre en ella, no devengará retribuciones ni le será computado el tiempo que haya permanecido en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad y derechos pasivos” (art. 358.1 LOPJ). En consecuencia, el empleo de la situación administrativa de servicios especiales que se hace hoy en día resulta especialmente ventajosa para quienes deciden aparcarse su Carrera Judicial o Fiscal y experimentar en política.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que la Ley Orgánica del Poder Judicial debe estar subordinada y en armonía con los principios constitucionales. En consecuencia, la regulación que desarrolla los mecanismos de tránsito de la Carrera Judicial o Fiscal a la política debería ser coherente con lo establecido en la Constitución. Los dos preceptos de rango constitucional que están especialmente relacionados con el paso de jueces y fiscales de una disciplina a otra son los artículos 117 y 127 CE.

Del artículo 117 CE ya hemos dado cuenta a la hora de anotar las características del modelo de juez español, aunque en esta ocasión no pondremos el énfasis en el principio de imparcialidad que puede deducirse del precepto, o en el de independencia expresamente recogido en el mismo, sino en el principio de exclusividad⁶⁹. El apartado tercero del precepto otorga de forma exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Esta manifestación vendría a constituir la vertiente positiva del principio de exclusividad jurisdiccional, siendo los jueces los únicos que pueden llevar a cabo la función de juzgar, sin que los demás poderes del Estado puedan inmiscuirse en dicha función. Ahora bien, este

⁶⁹ Sobre el principio de exclusividad jurisdiccional, consultar STC 70/2022, de 2 de junio (fundamento jurídico 6): “Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

principio tiene además una vertiente negativa, que es incluso más significativa que la anterior en lo que se refiere al tránsito de quienes administran Justicia a la actividad política. La vertiente negativa consiste en que los Juzgados y Tribunales no pueden ejercer función distinta a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (con la salvedad de las que le sean atribuidas por Ley, en las que no nos detendremos)⁷⁰.

Ello habría que relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 127 CE, que viene a establecer, con relación tanto a jueces como a fiscales, “que mientras se hallen en activo no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos”. La aprobación de este precepto generó un polémico debate en el Congreso de los Diputados, especialmente en lo relativo a la prohibición de afiliación a un determinado partido político, por afectar a un derecho de carácter fundamental. Finalmente fue aprobado por razones de seguridad jurídica. La función de jueces y fiscales en el Estado Democrático y la necesidad de garantizar su independencia e imparcialidad justificaba la existencia de restricciones en el ejercicio de sus derechos⁷¹. Esta limitación para jueces y fiscales ha ido desarrollándose por diversas leyes, como la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 395) o la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (art. 6). No obstante, la restricción siempre aparece acompañada del matiz “cuando se hallen en situación activa”, “mientras se hallen en activo” u otras fórmulas semejantes. Huelga entonces recordar que cuando los jueces y fiscales deciden ocupar un cargo en el Ejecutivo pasan de estar en situación activa a encontrarse en situación administrativa de servicios especiales, de modo que, teóricamente, no incurren en la prohibición contemplada en el precepto. Así, el hecho de no hallarse en situación activa les abre las puertas a desempeñar funciones distintas a las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y, lo más importante, a pertenecer a partidos políticos y desempeñar otros cargos públicos. Consecuentemente, en un momento posterior pueden regresar en activo y volver a quedar sujetos a las limitaciones establecidas en los preceptos constitucionales, aunque ya habiendo protagonizado todo aquello que la Constitución les prohibía mientras se hallasen en activo.

Finalmente, cabe preguntarse si el derecho a un juez imparcial, como vertiente del derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE), se ve menoscabado por la práctica de poner en pausa la Carrera Judicial para ostentar un cargo político. A este respecto cabe dar una respuesta negativa. El derecho a obtener una tutela judicial efectiva se vería menoscabado si en relación con un caso concreto se sospecha que el juez que va a resolver no es imparcial (o no aparenta serlo), pero no por el hecho de que el Poder Judicial (como conjunto) no proyecte una adecuada imagen de imparcialidad. Ahora bien, lo que sí es cierto es que el retorno de aquellos jueces que han ejercido cargos políticos contribuye a deteriorar la imagen de conjunto que tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial y, por ende, a disminuir la confianza pública en la Justicia.

En suma, cabe decir que los mecanismos para que un juez o fiscal pase de la Carrera Judicial o Fiscal al Ejecutivo en España han sido dos: la excedencia voluntaria y la situación de servicios especiales. Esta última es la que se encuentra en vigor actualmente. Además, aquellos que pretendan regresar tras finalizar su mandato como Ministros o Secretarios de

⁷⁰ Vertiente positiva y negativa del principio de exclusividad extraída de MARTÍ SÁNCHEZ, S. (2003), “Sinopsis artículo 117”. *Constitución Española*. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=117&tipo=2> Consultado el día: 19/04/22.

⁷¹ Ideas tomadas de ARNALDO ALCUBILLA, E. y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2003), “Sinopsis artículo 127” *Constitución Española*. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=127&tipo=2> Consultado el día 19/04/22.

Estado deberán solicitar su reingreso en activo en un plazo máximo de 10 días, siendo de lo contrario declarados en excedencia voluntaria, situación mucho menos ventajosa que la primera, y quedando sometidos una vez reingresen a la posibilidad de ser recusados o debiendo abstenerse de conocer de causas políticas. Finalmente, en lo que se refiere al cumplimiento de los principios constitucionales, la declaración de la situación administrativa de servicios especiales permite satisfacer, en términos legales, con las exigencias establecidas en los artículos 117 y 127 CE, al no hallarse en activo. Tampoco supone, a priori, un menoscabo del derecho a una tutela judicial efectiva; aunque sí produce un profundo deterioro de la imagen de conjunto que se tiene de la Justicia en España, de modo que aspirar a reducir el número de casos en que se pone en práctica el fenómeno estudiado debería convertirse en uno de los objetivos principales del legislador democrático.

4.3. Los mecanismos de abstención y de recusación.

Para concluir satisfactoriamente nuestro análisis normativo resta hablar sobre los mecanismos de abstención y recusación, a los que ya hemos hecho mención en el apartado precedente, pero sin detenernos en su estudio. Por ello, el objetivo de este punto es analizar de forma más detenida cada uno de los institutos, dando una definición genérica de los mismos, determinando en qué consisten y dónde se encuentra su regulación. Posteriormente se busca analizar su utilidad en el eventual retorno que pudiera producirse por parte de aquellos jueces y fiscales que reingresen al servicio activo una vez hayan puesto fin a su actividad política.

Si a lo largo de todo el trabajo se ha hecho hincapié en la importancia que tiene la existencia de imparcialidad en aquellos que administran Justicia, ahora cabe resaltar que los dos mecanismos que mejor contribuyen a la garantía de esa imparcialidad son la abstención y la recusación. Ambos nacieron con el fin de contribuir a la satisfacción del derecho a que nuestra causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial⁷², del que todos somos titulares. El propio Tribunal Constitucional así lo establece⁷³, disponiendo que se trata de “remedios que sirven para asegurar la exigencia de imparcialidad del juez”.

Estos instrumentos implican una doble garantía del proceso. De un lado, la figura de la abstención tiene como fin que el juez o fiscal pueda evitar aquellos sentimientos personales que le impidan actuar con rectitud y ecuanimidad, apartándose del proceso. De otro, el derecho de recusación se destina a los propios justiciables, para que dispongan de un instrumento de protección en caso de que exista riesgo de que el juez no esté actuando con la debida imparcialidad, apartándolo del proceso⁷⁴. Se habrá podido observar que con relación a la abstención se ha mencionado tanto la figura del fiscal como la del juez. En cambio, al referirnos a la recusación sólo hemos hecho mención de esta última. Esto es así en la medida en que los fiscales no pueden ser recusados, y así lo dispone expresamente el artículo 28 del Estatuto Orgánico de sus miembros (EOMF)⁷⁵. No obstante, sí están

⁷² Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷³ En su sentencia 157/1993, de 6 de mayo, fundamento jurídico nº2.

⁷⁴ En este sentido, por todos, PICÓ IJUNOY, J. (1998), *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

⁷⁵ Artículo 28 EOMF: “Los miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados. Se abstendrán de intervenir en los pleitos o causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención establecidas para los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto les sean de aplicación. Las partes intervinientes en los referidos pleitos o causas podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate interesando que, en los referidos supuestos, se ordene su no intervención en el proceso. Cuando se trate del Fiscal General del Estado resolverá la Junta de Fiscales de Sala, presidida por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Contra las decisiones anteriores no cabrá recurso alguno”.

facultados para abstenerse, pudiendo hacerlo por las mismas causas de abstención establecidas para jueces y magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁶. Así, nuevamente, cuando se haga alusión al precepto que recoge los motivos de abstención para jueces, deberemos entender hecha su extensión a los miembros del Ministerio Fiscal. El citado artículo 28 y, más concretamente, el hecho de que los fiscales no puedan ser recusados no ha estado exento de críticas⁷⁷, aunque mientras no se modifique el precepto deberemos continuar aceptando que los fiscales podrán proceder a abstenerse de conocer, pero no ser recusados.

Adentrándonos ahora en su marco normativo, cabe destacar la importante labor realizada por el legislador en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, pues su entrada en vigor supuso la unificación de una regulación antes en exceso extensa y dispersa por multitud de textos normativos. Esta regulación se estableció en los artículos 217 a 228 LOPJ, y se mantiene en la actualidad, aunque el artículo 220 ha sido derogado y los restantes modificados. En particular, las causas de abstención y, en su caso, de recusación, se encuentran recogidas en el artículo 219, y son aplicables tanto a jueces y magistrados, como a los miembros del Ministerio Fiscal. Se trata de dieciséis causas que, de concurrir, por diversos motivos, hacen que la imparcialidad de quien administra Justicia se ponga en entredicho, por lo que resulta conveniente su retirada o exclusión del conocimiento del proceso. Concretamente, serían interesantes para la materia que nos ocupa la causa número 13, “haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”. O la número 16, “haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”. Ambas intervienen cualquiera que sea la parte. Se trata de causas objetivas.

Excluida de esa regulación genérica, hay una causa adicional que sirve como motivo de abstención y de recusación contenida en el último inciso del artículo 351 LOPJ, relativo a la situación de los jueces y magistrados (aplicable también a los fiscales)⁷⁸, y que ya adelantamos en el epígrafe anterior. Ahora bien, es preciso advertir que se trata de una causa subjetiva, pues solo intervendrá si actúa como parte alguna de las mencionadas en el precepto. Recordemos entonces que, en virtud de lo dispuesto en el mismo, todos aquellos jueces, magistrados o fiscales que reingresen a la situación de servicio activo tras haber ostentado un cargo político, deberán abstenerse de conocer, y si fuera posible su recusación, podrán ser recusados “de intervenir en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público”.

Se evidencia de este modo la relevancia que estos mecanismos de abstención y de recusación tienen para el fenómeno que aquí se estudia, pues son instrumentos que permiten proteger la debida imparcialidad en la impartición de Justicia. Más aún si tomamos en

⁷⁶ Esto también está establecido en el propio artículo 28 EOMF.

⁷⁷ De hecho, en el año 2020 el Partido Popular presentó una proposición de ley con el objetivo de reforzar la independencia judicial, para lo que se pretendía reformar el artículo 28 EOMF, permitiéndose la recusación del Fiscal General del Estado. Europa Press (2020), “La reforma del PP del poder judicial abre la puerta a recusar a la Fiscal General del Estado”. *Europa Press Nacional*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-reforma-pp-poder-judicial-abre-puerta-recusar-fiscal-general-estado-20201019200200.html> Consultado el día: 22/04/22.

⁷⁸ Expresamente así lo dispone el artículo 47 de la Ley por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con su disposición adicional primera.

consideración que son el único método de control y de garantía que se tiene en relación con el retorno a la Administración de Justicia tras pasar por el Ejecutivo. Único pero poderoso método, pues permite evitar que conozcan o participen en causas relacionadas con la política quienes pudieran estar contaminados por su actividad previa en la misma. Ahora bien, llegado a cierto punto su utilidad es limitada. Tengamos en cuenta que estos instrumentos sirven para apartar del proceso a quienes se sospecha que no actuarán con la debida imparcialidad, es decir, son útiles respecto a un caso concreto. Sin embargo, se vuelven ineficaces cuando lo que está en juego es la imagen de imparcialidad del Poder Judicial en su conjunto. Es más, pueden incluso llevar aparejado el efecto contrario. Cuanto más sea necesario poner en marcha estos mecanismos de abstención y de recusación, más se deteriorará la confianza pública en una Justicia integrada por jueces y fiscales respecto a los que hay dudas sobre su imparcialidad en numerosas ocasiones.

A modo de conclusión, podríamos decir que los mecanismos de abstención y recusación son instrumentos que permiten la salvaguarda de la imparcialidad de quienes se encargan de administrar Justicia en España. Posibilitan que jueces y fiscales puedan apartarse de conocer cuando prevean que no podrán resolver sin atentar contra su imparcialidad – abstención –, así como a las partes solicitar la retirada de aquellos jueces (no fiscales) respecto a los que existan dudas fundadas sobre la existencia de parcialidad en su actuación – recusación –. Su regulación uniformada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y el establecimiento de un precepto específico destinado a la abstención o recusación respecto a causas políticas de aquellos que de administrar Justicia pasan al Ejecutivo y posteriormente regresan, suponen un mecanismo de control y de protección del derecho a que nuestra causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial en este ámbito. Esto es así en la medida en que pretenden impedir la participación de aquellos que pudieran tener un conocimiento viciado o corrompido de la causa por la actividad política previamente desarrollada. Ahora bien, debemos ser conscientes de que son mecanismos útiles en cuanto sean aplicados a un caso concreto, pero no cuando lo que se pretende es evitar el deterioro de la imagen de imparcialidad del sistema judicial en su conjunto.

5. Análisis del *soft law*.

5.1. Qué es y para qué sirve el *soft law*.

El último epígrafe del trabajo se destina a realizar un análisis de aquellos textos de *soft law* que pueden ser útiles para completar o, eventualmente, colmar, aquellas lagunas que la regulación de Derecho positivo sobre el retorno de jueces y fiscales a la Carrera Judicial o Fiscal tras su paso por el Ejecutivo pudiera contener. En particular, lo que se busca esencialmente es analizar aquellos instrumentos de *soft law* que contienen consideraciones sobre la imparcialidad de los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, y que pueden resultar interesantes para extraer conclusiones sobre la regulación existente en España y, más concretamente, sobre su adecuación a los valores constitucionales que inspiran o deben inspirar el ordenamiento jurídico español. En esta primera parte se expondrán tanto la definición como las principales utilidades y características del *soft law*, para poder continuar en la segunda, una vez que seamos conocedores de cómo funcionan estos instrumentos, con el estudio de los concretos textos de *soft law* que serán objeto de análisis.

Comenzando con la definición, la Real Academia Española define el *soft law*, en el contexto del Derecho Internacional Público, como el conjunto de “actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación

de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa”⁷⁹. El *soft law* se refiere a aquellas normas, recomendaciones o códigos de conducta que no poseen naturaleza vinculante, pero tampoco carecen por completo de significado o contenido legal. Los instrumentos de *soft law* son particularmente abundantes a nivel internacional, aunque también están presentes en los ordenamientos nacionales. En el caso de España, podemos mencionar los Principios de Ética Judicial o el Código Ético del Ministerio Fiscal, de los que además haremos uso en el siguiente apartado.

El término *soft law* no es homogéneo en cuanto a su origen, tratándose de una noción “eminentemente doctrinal”, siendo a su vez bastante abundante en el panorama actual, caracterizado especialmente por el pluralismo normativo y su considerable complejidad⁸⁰. No obstante, hay cierto consenso en atribuir su origen a Lord Arnold McNair, primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien acuñó el término “*soft law*” usándolo para hacer referencia a una serie de enunciados o declaraciones normativas formuladas como principios abstractos mediante la interpretación judicial⁸¹. A partir de ese momento el concepto fue evolucionando hacia lo que es hoy en día, “un fenómeno que presenta las características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quien el *soft law* se dirige, pero que al ser mencionado produce la sensación de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana”⁸².

Quizá lo más característico y relevante a tomar en consideración respecto a los instrumentos de *soft law* son dos cuestiones. La primera, que la ausencia de carácter vinculante no implica la ausencia de efectos jurídicos, y así lo ha dispuesto el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), quien en el caso *Grimaldi*⁸³ deja claro, en relación con las recomendaciones, que “no pueden ser consideradas como carentes en absoluto de efectos jurídicos”⁸⁴. De otro lado, la segunda de las cuestiones que debe ser tenida en cuenta es que el carácter dispositivo de este tipo de instrumentos no impide su consideración como elementos integrantes de los ordenamientos jurídicos⁸⁵. De ahí la importancia de este tipo de actos, pues pueden ser de utilidad para completar la escueta regulación española sobre el retorno de jueces y fiscales tras su paso por política, pues a pesar de no ser instrumentos vinculantes pueden servirnos de inspiración a la hora de interpretar la regulación vigente. En cuanto a cuáles son sus principales utilidades o finalidades, el *soft law* puede ser utilizado como parámetro interpretativo del Derecho positivo vinculante (igualmente establecido por el TJUE en el caso *Grimaldi*)⁸⁶, siendo esta su principal función, y de la que nosotros pretendemos hacer uso en el presente trabajo. Así, los textos de *soft law* pueden permitirnos colmar aquellas lagunas que la regulación sobre un tema concreto pudiera contener.

⁷⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), “Definición de *soft law*”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/soft-law#:~:text=priv.,de%20conducta%2C%20principios%2C%20etc>. Consultado el día 25/04/2022.

⁸⁰ BALDASSARE, P. (2014), “Soft Law y la teoría de las fuentes del Derecho”. *Soft Power*. Vol. 1, nº.1: pág. 76.

⁸¹ VV.AA. (2020), “Soft Law o derecho blando y su papel en el derecho internacional”. *Grupo Ático* 34. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/soft-law-derecho-blando/#:~:text=Soft%20law%20se%20refiere%20a,que%20establecen%20est%C3%A1ndares%20de%20conducta>. Consultado el día 25/04/2022.

⁸² ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El *soft law* comunitario”. *Revista de Administración Pública*. Nº.154: pág. 64.

⁸³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88.

⁸⁴ Párrafo nº18 de la citada sentencia.

⁸⁵ De nuevo, ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El *soft law* comunitario”. *Revista de Administración Pública*. Nº.154: pág. 64.

⁸⁶ Párrafos nº18 y 19.

En síntesis, los textos o instrumentos de *soft law* son el conjunto de actos, normas, recomendaciones o disposiciones que integran el ordenamiento, y que sin tener carácter vinculante u obligatorio despliegan efectos jurídicos. Estos instrumentos cada vez son más abundantes en el panorama actual, y sirven principalmente para completar e interpretar aquellas normas de Derecho positivo vinculante que no son lo suficientemente clarificadoras; o aquellas regulaciones sobre materias que no están suficientemente desarrolladas.

5.2. Los textos de *soft law* y su aplicabilidad a la afectación de la imparcialidad de jueces y fiscales en su retorno.

Si en el epígrafe precedente – orientado a ofrecer unas breves pinceladas teóricas – se puso de manifiesto que una de las principales funciones de este tipo de instrumentos era servir como parámetro interpretativo del Derecho positivo vinculante, es precisamente ahora cuando vamos a poder observar su utilidad práctica. Así, el último punto de nuestro trabajo se destina al estudio de diversos textos de carácter dispositivo que contienen disposiciones o recomendaciones sobre la imparcialidad de jueces y fiscales que podrían resultar aplicables al fenómeno que aquí se estudia, siendo precisamente esto lo que se pretende dilucidar en este apartado. En consecuencia, a lo que se aspira es a determinar si tales instrumentos pueden servirnos como criterios interpretativos de la regulación actual sobre el retorno de jueces y fiscales tras desempeñar un cargo político, así como si es posible una especie de integración entre ambas fuentes, aquellas normas con fuerza vinculante junto a textos de *soft law*, que permita una regulación más completa, carente de lagunas y en armonía con los principios constitucionales.

Con el fin de llevar a cabo esta tarea se ha hecho una selección de diversos instrumentos de *soft law*, algunos de ellos de origen internacional, y otros dictados por organismos nacionales españoles. A nivel internacional, tomaremos como objeto de análisis los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial⁸⁷, el segundo informe de cumplimiento del GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción)⁸⁸, la Carta Magna de los Jueces⁸⁹ y el informe sobre la independencia del Sistema Judicial realizado por la Comisión de Venecia⁹⁰. Por su parte, en el plano nacional, hablaremos sobre los Principios de Ética Judicial⁹¹ y sobre el Código Ético del Ministerio Fiscal⁹², y citaremos además el Dictamen de 14 de enero de 2021 realizado por la Comisión de Ética Judicial⁹³.

⁸⁷ Aprobados en el seno de Naciones Unidas en el año 2003. Se trata de 6 principios clasificados como valores. Texto de los principios disponible en: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf.

⁸⁸ Aprobado el 25 de marzo del año 2021 en Estrasburgo. Texto del informe disponible en: <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>.

⁸⁹ Elaborada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y proclamada en Estrasburgo el 17 de noviembre de 2010. Texto disponible en:

[file:///Users/penelopeoliva/Downloads/CARTA%20MAGNA%20CCJE%20ESP_1.0.0%20\(1\).pdf](file:///Users/penelopeoliva/Downloads/CARTA%20MAGNA%20CCJE%20ESP_1.0.0%20(1).pdf)

⁹⁰ Informe adoptado en Venecia en marzo de 2010, disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-spa).

⁹¹ Texto desarrollado por el grupo de trabajo para la elaboración de un Código ético para la Carrera Judicial en el seno del Consejo General del Poder Judicial. Se acuerda en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016. Texto disponible en: <file:///Users/penelopeoliva/Downloads/20161221%20Principios%20de%20C3%89tica%20Judicial%20-%20Pleno%20CGPJ%2020.12.2016.pdf>.

⁹² Elaborado en el seno de la Fiscalía General del Estado en el año 2020. Texto disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/b00dca9f-5147-c430-94da-29c5a7c68e10>.

⁹³ Para acceder al Dictamen, consultar: <file:///Users/penelopeoliva/Downloads/20210114%20Dictamen%20-%20Consulta%2004-2020.pdf>.

En primer lugar, vamos a comenzar con los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial⁹⁴. Su aprobación se debió, entre otras razones, a que “una judicatura de integridad inobjetable ofrece al público un baluarte contra los atropellos a los derechos y libertades garantizados por la ley”⁹⁵. Con el fin de satisfacer tal exigencia, se instauró en torno al año 2000 un Grupo de Reforzamiento de la Integridad Judicial, que desarrolló una serie de principios básicos que finalmente dieron lugar a los Principios de Bangalore, y que fueron presentados posteriormente a la adopción voluntaria de los Estados. La decisión se tomó en el Centro de Naciones Unidas, que invitó a los jueces a “elaborar un concepto de responsabilidad judicial que complementase el principio de independencia judicial y elevara con ello el nivel de confianza del público en el imperio de la ley”⁹⁶. Ello fue así en la medida en que los últimos años estuvieron caracterizados por el debilitamiento del Poder Judicial debido a la pérdida de confianza de la población en una Justicia percibida como corrupta. La finalidad de los Principios no es otra que garantizar la independencia y la imparcialidad del Poder Judicial, para lo que se presenta como necesario la salvaguarda de su apariencia. El texto desarrolla una serie de criterios clasificados como valores, de entre los que haremos alusión al valor dos y al valor cuatro. El valor dos se corresponde con la imparcialidad, recalándose la relevancia de esta para el correcto desempeño de las funciones jurisdiccionales. En desarrollo de ese valor, se añade que “un juez garantizará que su conducta, tanto fuera como dentro de los tribunales, mantiene y aumenta la confianza del público, de la abogacía y de los litigantes en la imparcialidad del juez y de la judicatura”, comportándose “de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos”. Por su parte, el valor cuatro se destina a la corrección. “La corrección y la apariencia de corrección son esenciales para el desempeño de todas las actividades de un juez”. El comentario que se realiza en relación con este valor es realmente interesante para el fenómeno que estudiamos, pues dispone que el juez, como ciudadano, tiene “derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión, pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura”. Como podemos observar, se pone de relieve en todo momento la importancia que tiene la salvaguarda de la imparcialidad, debiendo el juez velar por el mantenimiento no solo de su existencia, sino también de su apariencia, tanto fuera como dentro de los tribunales, intentando reducir al máximo los supuestos que desencadenen su exclusión del proceso.

A continuación, cabe mencionar la Carta Magna de los Jueces, elaborada por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y proclamada en Estrasburgo el 17 de noviembre de 2010. Se adoptó con ocasión de la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, y en ella se sintetizan las conclusiones más relevantes extraídas de los informes que ya habían sido aprobados hasta el momento. En la Carta, el principio número uno se destina a recordar que el Poder Judicial

⁹⁴ Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial constituyen, según Encarnación Roca Trías, el texto más importante de entre los referidos a la libertad de expresión de los jueces (a nivel internacional). ROCA TRÍAS, E. (2021), “Libertad de expresión, independencia, imparcialidad: los jueces en las redes sociales. Un estudio de las decisiones del TEDH”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 122: pág. 20.

⁹⁵ Prefacio del comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf Consultado el día 04/01/2023.

⁹⁶ ROCA TRÍAS, E. (2021), “Libertad de expresión, independencia, imparcialidad: los jueces en las redes sociales. Un estudio de las decisiones del TEDH”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 122: pág. 20.

constituye uno de los tres poderes de todo Estado democrático, siendo su principal misión asegurar la correcta aplicación del Derecho, “de modo imparcial, justo, equitativo y eficaz”. Seguidamente, en el principio segundo se proclaman la independencia y la imparcialidad del juez como presupuestos indispensables para el funcionamiento de la Justicia. Así, nuevamente entra en juego el papel protagonista que la nota de imparcialidad tiene en un Estado de Derecho.

En referencia especialmente al Ministerio Fiscal, traemos a colación el segundo informe de cumplimiento del GRECO, aprobado el 25 de marzo del año 2021 también en Estrasburgo. El informe, bajo la rúbrica “prevención de la corrupción con respecto a los parlamentarios, jueces y fiscales”, se destina a calificar el cumplimiento o no cumplimiento por parte de España de las recomendaciones efectuadas en el marco del Consejo de Europa. El informe advierte sobre las puertas giratorias en la actividad política, así como sobre una posible intromisión ilegítima de esta en el Ministerio Público. Así, en el párrafo 62 se pone de manifiesto la importancia de garantizar la no injerencia de presiones externas en el Ministerio Fiscal, reiterándose “la necesidad de una mayor reflexión sobre las garantías adicionales que pueden introducirse en el Ministerio Fiscal español para protegerlo de interferencias indebidas (párrafo 63)”. Estos avisos llegan tras el nombramiento de Dolores Delgado como Fiscal General del Estado tras cesar como Ministra de Justicia.

Para poner fin al análisis de los textos de *soft law* en el plano internacional faltaría hablar sobre la Comisión de Venecia y su Informe sobre la independencia del Sistema Judicial. De nuevo, se pide a los jueces salvaguardar su apariencia de imparcialidad, recordándose la posibilidad de que los Estados limiten el ejercicio de ciertos derechos siempre que sea necesario. En el informe, adoptado en 2010, la Comisión pone de relieve la necesidad de brindar protección a los jueces contra toda influencia externa indebida (párrafo 61)⁹⁷, manifestando que no deberían hallarse nunca en situaciones que pudieran cuestionar su independencia o su imparcialidad. Ello justificaría la adopción a nivel nacional de reglas relativas a la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones, siendo también este el motivo por el que muchos Estados limitan la actividad política de los jueces (párrafo 62)⁹⁸.

Concluido el análisis a nivel internacional, cabe ahora continuar con el estudio de los Principios de Ética Judicial y del Código Ético del Ministerio Fiscal, adoptados ambos en el seno de organismos nacionales españoles.

Los Principios de Ética Judicial recogen los valores y reglas compartidos por la judicatura en España. Tal y como se indica en su preámbulo, aspiran a servir de guía en el desempeño de la actividad jurisdiccional, fortaleciendo la confianza de la ciudadanía en la Justicia al establecer los modelos de comportamiento conforme a los cuales los jueces se comprometen a cumplir su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En su elaboración han participado representantes de las asociaciones judiciales, miembros no asociados de la judicatura y diversos expertos, siempre intentando reflejar el pluralismo existente en la Carrera Judicial. El propio preámbulo recoge el carácter no vinculante de los principios, cuya efectividad “provendrá del grado en que cada juez y jueza los asuma como propios y los traduzca a modelos de conducta”. En lo que a nosotros respecta, el capítulo II está dedicado a la imparcialidad, siendo los principios 16, 17 y 19 los más relevantes. Cada uno de ellos

⁹⁷ “No cabe duda de que se debe brindar protección a los jueces contra toda influencia externa indebida...” (párrafo 61 del Informe).

⁹⁸ “Además, los jueces no deberían hallarse en una situación en la que se cuestionen su independencia o su imparcialidad. Esto justifica las reglas nacionales relativas a la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones, y éste también es el motivo por el que muchos Estados limitan las actividades políticas de los jueces.” (párrafo 62 del Informe).

aporta un componente distinto al modelo de comportamiento para acabar desembocando en una única conclusión: los jueces deben hacer lo máximo posible para salvaguardar la imparcialidad del Poder Judicial y no perjudicar la confianza pública en la Justicia. Así, el principio 16 impone la obligación de evitar conductas que, dentro o fuera del proceso, puedan poner en entredicho la imparcialidad de la judicatura. Por su parte, el principio 17 vela por el mantenimiento de la apariencia de imparcialidad, para terminar estableciéndose en el principio 19 la necesidad de que los jueces sean especialmente prudentes a la hora de manifestar reflexiones u opiniones.

Si los Principios de Ética Judicial estaban destinados a recoger los valores y reglas de la judicatura en España, el Código Ético del Ministerio Fiscal cumple la misma función, pero en relación con los fiscales. El Código Ético del Ministerio Fiscal fue promulgado en el año 2020, satisfaciendo de este modo una de las recomendaciones dirigidas por el GRECO hacia España. En la presentación del Código se resalta la importancia de la institución, “órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia y protagonista relevante del sistema”, que “ha llevado a cabo iniciativas tendentes a hacer realidad que los ciudadanos y ciudadanas que se relacionan con la Administración de justicia se encuentren con una institución que actúa desde la igualdad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia y el respeto”. Más adelante, al reconocer el derecho a la libertad de expresión y opinión de los fiscales, se justifica la necesidad de sujetarlo a límites, al objeto de evitar cualquier acción que pueda ser percibida como una afectación de su independencia e imparcialidad. Es obvia la relevancia que se da a la nota de imparcialidad a través de estos principios. No obstante, sin duda la parte más destacable e interesante del Código es que dedica uno de sus principios justamente a nuestro objeto de estudio, esto es, al retorno a la Carrera fiscal de aquellos fiscales que deciden hacer una pausa para ostentar un cargo político. Es el principio número 35 el que dispone que “las y los fiscales extremarán el celo en preservar su apariencia de imparcialidad cuando regresen a la carrera fiscal después de haber prestado servicios en cargos de representación política y/o parlamentaria, cargos públicos y actividades profesionales en el sector privado”.

Finalmente, cabe cerrar el análisis a nivel estatal haciendo mención al Dictamen emitido en respuesta a una consulta formulada a la Comisión de Ética Judicial⁹⁹. La consulta en cuestión se dirigía a ver hasta qué punto un juez o magistrado puede mostrar públicamente su ideología, criticar a un partido, a un político en concreto o ciertas actuaciones gubernativas¹⁰⁰. A pesar de ser un supuesto distinto al reingreso en la Carrera Judicial o Fiscal tras ostentar un cargo político, ambas situaciones pueden ser efectivamente asimiladas. Al respecto, la Comisión concluyó que “prudencia y moderación son las dos actitudes sobre las que pivota la libertad de expresión del juez o magistrado”, de modo que todas sus manifestaciones públicas deben adaptarse al concepto de neutralidad política que viene a inspirar la función jurisdiccional. Esto en cierto modo puede servirnos a nosotros para llegar a la misma conclusión a que se llegó con textos anteriores: los jueces deben hacer todo lo posible por evitar el detrimento de la Justicia en España.

Terminado el análisis, cabe decir que las aspiraciones tanto a nivel internacional como a nivel estatal son inequívocas. De un lado, se busca primordialmente que la imagen de la Justicia en España no se vea deteriorada por las manifestaciones, pensamientos u opiniones que pudieran realizar públicamente aquellos que la integran, especialmente cuando se trate de ideas políticas. Los jueces y fiscales y, en definitiva, todo aquel que integre la

⁹⁹ Dictamen (Consulta 4/2020), de 14 de enero de 2021.

¹⁰⁰ Consulta formulada por un juez anónimo.

Administración de Justicia debe velar no solo por la salvaguarda de su imparcialidad, sino también por su apariencia, debiendo extremar la precaución y hacer, en la medida de lo posible, que el deterioro de la confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial sea mínimo. De otro, sin negar el derecho a la libertad de expresión de jueces y fiscales, así como su propia tenencia de ideologías concretas, se aspira a que la neutralidad política sea el principio imperante en ambas carreras. Así, cabe concluir que, a pesar de su carácter no vinculante, los textos de *soft law* estudiados cumplen satisfactoriamente su función de servir como parámetros interpretativos de la regulación española.

6. Conclusiones.

Según la frase atribuida a Sócrates; “Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”. La imparcialidad en la Administración de Justicia ha sido la nota característica por excelencia en la práctica totalidad de sistemas judiciales de nuestro entorno. La idea de una Justicia arbitraria, impartida por sujetos contaminados que no actúen guiados por el principio de imparcialidad parece hoy impensable. Pero, ¿qué ocurre cuando coinciden quienes administran Justicia y quienes han tenido una participación relevante en el Ejecutivo de la Nación, ya sea como Ministros, ya como Secretarios de Estado? Al inicio de este trabajo se plantearon tres preguntas a las que buscábamos dar respuesta, y que giraban en torno a la problemática que acabamos de abordar. ¿Cuánto afecta a la realidad española el retorno de jueces y fiscales después de haber ejercido como Ministros y Secretarios de Estado en el Gobierno central? ¿Es suficiente la regulación vigente al efecto? Y, más importante aún, ¿se adecúa a los principios constitucionales?

El número de supuestos en que se ha producido de forma efectiva el reingreso a la Carrera Judicial o Fiscal, su incremento a medida que nos acercamos a la actualidad y la trascendencia que un fenómeno de tal calibre posee hacen que podamos empezar a hablar de la existencia de puertas giratorias entre la Justicia y la política en España. Han sido cuatro los Gobiernos estudiados, y nueve las legislaturas que se han ido sucediendo. Bajo las cuatro presidencias analizadas hemos registrado un total de diez casos en que jueces y fiscales españoles han regresado después de pasar por política, y ocho que aún podrían regresar. A priori, podría pensarse que se trata de un número exiguo de supuestos dada la cantidad de Ministros y Secretarios de Estado que han pasado por el Ejecutivo a lo largo de los veinticinco años estudiados. No obstante, se apuntan a continuación una serie de extremos que invitan a reflexión.

Las implicaciones que para un Estado de Derecho tiene que pueda existir, y de hecho exista, intercambiabilidad de profesiones entre los Poderes del Estado, así como el incremento de su aparición en el tiempo, justifica, a ojos de quien escribe, que pueda hablarse de la existencia de puertas giratorias. Tengamos en cuenta que el hecho de que un juez o un fiscal ponga en pausa su carrera para ostentar un cargo político supone una quiebra de la apariencia de imparcialidad. Si hay una característica que defina la Administración de Justicia es la necesidad de que quienes la integran sean imparciales, o al menos que lo aparenten. Al estudiar los modelos de juez hicimos mención al juez *apolítico*, aquel juez puro e incontaminado que no tenía convicciones políticas predeterminadas. En el extremo opuesto nos encontrábamos con el juez *político o politizado*. Lo cierto es que las aspiraciones no deberían dirigirse ni a uno ni a otro modelo. No podemos negar que cualquier juez (o fiscal), como ciudadano, tiene derecho a tener ideas políticas propias; ideas que no podrá suprimir, pero sí deberá contener cuando esté actuando como juez (o como fiscal). Es más, hemos podido observar cómo a nivel tanto nacional como supranacional se hace especial hincapié en la necesidad de minimizar el deterioro de la confianza de la ciudadanía en el

Poder Judicial; confianza que se ve singularmente perjudicada si sus miembros ya han sido percibidos por la población como militantes de una ideología concreta por haber ejercido como Ministros o Secretarios de Estado bajo un concreto Gobierno.

A ello debemos añadir que lo más frecuente es que el fenómeno se produzca en relación con Ministerios y Secretarías de Estado concretos, vinculados especialmente a la Justicia; esto es, afectará particularmente a los Ministerios de Justicia, Defensa e Interior, y a las Secretarías de Estado dependientes de aquellos, no así al resto. Esto, en cierto modo, nos lleva a acotar aún más el número total de sujetos respecto a los que es más probable que pudiera producirse el retorno. Es interesante apuntar además que el actual Gobierno cuenta con un Secretario de Estado y tres Ministros que son Magistrados, no siendo de extrañar que vuelvan a ejercer como tal una vez que su carrera política llegue al ocaso. Esta cifra parece bastante elevada para un sólo Gobierno. Más aún cuando desde Europa se insta a España a establecer garantías adicionales que eviten “interferencias indebidas” en la Administración de Justicia. Ya hemos podido observar como las aspiraciones de los textos de *soft law*, ya fueran de fuente internacional o estatal, y a la luz de los cuales debíamos interpretar la regulación vigente, eran claras: los jueces y fiscales deben hacer todo lo posible por minimizar el detrimento de la confianza pública en la Justicia, tanto dentro como fuera de los tribunales. Y lo cierto es que poner en pausa la Carrera Judicial o Fiscal para ostentar el cargo de Ministro o de Secretario de Estado parece llevar aparejado el efecto contrario al pretendido. Así, lo expuesto lleva a concluir que la trascendencia del fenómeno estudiado es de entidad tal que no sería arriesgado hablar de puertas giratorias en la Justicia española, así como de una quiebra en el principio de separación de poderes que debería imperar en todo Estado democrático de Derecho.

En lo que se refiere a su regulación, tampoco parece que el cambio de una situación administrativa a otra junto a una causa específica de abstención/recusación sea suficiente, más aún cuando estos mecanismos de abstención y de recusación presentan una eficacia limitada a casos concretos. La importancia de la cuestión para el Estado de Derecho sugiere que lo lógico hubiera sido que el legislador español se hubiera preocupado por establecer una regulación suficientemente completa que permitiera evitar los inconvenientes que una intercambiabilidad de profesiones como la estudiada puede conllevar.

Aunque más importante aún es si la regulación en cuestión está en armonía con los principios constitucionales que deben inspirar el ordenamiento español. A este respecto sí cabe dar una respuesta afirmativa. En efecto, ya se dijo que el cambio de situación activa a situación administrativa de servicios especiales permite cumplir con los preceptos constitucionales relativos a la exclusividad de la función jurisdicción, así como con aquellos que se han ido dictando en desarrollo de los mismos. Esto es así en la medida en que la referencia a cualquier supuesto de incompatibilidad va acompañada de la fórmula “mientras se hallen en activo”, de modo que cuando jueces y fiscales se adhieren a situación administrativa de servicios especiales no incurren en las incompatibilidades previstas en los preceptos. Además, no puede decirse que poner en pausa la Carrera Judicial para ostentar un cargo político suponga en todo caso un menoscabo del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, aunque sí de la imagen de conjunto que tiene la ciudadanía respecto del Poder Judicial. Asimismo, tampoco parece que estas fueran precisamente las aspiraciones del constituyente cuando estableció en los artículos 117 y 127 CE unas restricciones tan específicas para estos miembros de la Administración de Justicia. Lo que sí es claro es el fracaso en la separación de poderes. El fin último del principio de separación de poderes no es otro que la existencia de una diferenciación de funciones, diferenciación que se ve sesgada

cuando miembros del Poder Judicial pasan a desempeñar funciones del Ejecutivo y viceversa.

No pensemos que España es el único país en que este fenómeno tiene lugar. De hecho, recientemente se aprobó por unanimidad en Italia un proyecto de ley que se proponía acabar con el retorno a la Carrera Judicial y Fiscal después de haber ostentado un cargo político¹⁰¹. El proyecto de ley recoge expresamente que al finalizar el mandato político no se podrá volver a desempeñar ninguna función judicial. Sin embargo, quizá su prohibición total sea una solución demasiado extrema y poco probable en el panorama español actual. Así, dada su compatibilidad con los principios constitucionales la opción más proporcionada pudiera ser llevar a cabo una extensión o modificación de la regulación vigente. En primer lugar, sería conveniente mantener la causa de abstención y recusación prevista en el último inciso del artículo 351 LOPJ. La opción de optar por abrir una vía que permita que no conozcan de causas políticas quienes pudieran estar contaminados por su actividad previa en la misma parece realmente acertada. Ahora bien, junto a este mecanismo de control convendría añadir un periodo de enfriamiento de excedencia forzosa similar al que fue establecido en la reforma de la LOPJ del año 97. De este modo, al finalizar el mandato político sería necesario que transcurriera un periodo de tiempo, quizá de unos dos o tres años, para que pudiera regresarse a administrar Justicia. Además, en lugar de hacer uso de la situación administrativa de servicios especiales que se hace hoy día podría retornarse a la situación de excedencia voluntaria, por ser significativamente menos beneficiosa. De seguirse sendas modificaciones propuestas, la regulación seguiría siendo compatible con los principios constitucionales, por no hallarse en activo, pero la situación a la que deberían adherirse les ofrecería condiciones mucho menos atractivas que las que se les presentan en la actualidad.

Todo lo expuesto contribuiría a desincentivar la práctica de poner en pausa la Carrera Judicial y Fiscal para ostentar un cargo político, práctica que sin duda alguna sería conveniente disminuir en un Estado Democrático de Derecho como es el Estado español. Sólo así se contribuirá a un cumplimiento satisfactorio del principio de separación de poderes y a la salvaguarda de la confianza de la ciudadanía española en un Poder Judicial y en un Ministerio Fiscal que, por desgracia, cada vez presentan una imagen más deteriorada.

7. Bibliografía.

- AGUILÓ REGLA, J. (2009), “Imparcialidad y concepciones del Derecho”. *Jurídicas*, Vol.6, Nº.2: págs. 27- 44.
- ALONSO GARCÍA, R. (2001), “El soft law comunitario”. *Revista de Administración Pública*. Nº.154: págs. 63-94.
- ARAGÓN REYES. M. Y AGUADO RENEDO. C. (2011), *Temas básicos de Derecho Constitucional: Organización general y territorial del Estado. Tomo II*. Madrid: Civitas.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. Y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2003), “Sinopsis artículo 127”. *Constitución Española*. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=127&tipo=2> Consultado el día 19/04/2022.

¹⁰¹ BERBELL C. (2022), “El Gobierno italiano acaba con las puertas giratorias de los jueces y fiscales: El que se va a la política no vuelve”. *Confilegal*. Disponible en: <https://confilegal.com/20220213-el-gobierno-italiano-acaba-con-las-puertas-giratorias-de-los-jueces-y-fiscales-el-que-se-va-a-la-politica-no-vuelve/> Consultado el día: 21/05/2022.

- ASENSIO JIMÉNEZ, R. (2012), “Imparcialidad Judicial: Su proyección sobre los deberes (Código de Conducta) y Derechos fundamentales del Juez” en SAIZ ARNAIZ, A. (dir.): *Los derechos fundamentales de los jueces*. Madrid: Marcial Pons. Págs. 27 – 44.
- BALDASSARE, P. (2014), “Soft Law y la teoría de las fuentes del Derecho”. *Soft Power*. Vol. 1, nº.1: págs. 74-89.
- BREY BLANCO, J.L. (2004), “¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?”. *Foro, Nueva época*, num. 00/2004: págs. 37 – 67.
- BUSTOS GISBERT, R.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; MURILLO DE LA CUEVA, P.L.; RODRÍGUEZ, A. (2016), “Encuesta: La independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 38: págs. 15-58.
- CASTELLANO, J. (2017), “Estudio sobre las puertas giratorias en la Administración General del Estado y el papel de la oficina de Conflicto de Intereses”. *Fundación Hay Derecho*.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASCADO, E. (2019), “Las puertas giratorias entre política y Justicia siguen girando como siempre”. *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2019/06/16/las-puertas-giratorias-entre-politica-y-justicia-siguen-girando-como-siempre/> Consultado el día 26/03/2022.
- DE OTTO, I. (1989), *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2000), “¿Debe el Ministerio Fiscal ser independiente?”, *Revista de occidente*, Nº227: págs. 103-122.
- GARCÍA ROCA, J. Y VIDAL ZAPATERO, J.M. (2009), “El Derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6.1) una garantía concreta y de mínimos antes de una regla de la justicia”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P.: *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARTÍ SÁNCHEZ, S. (2003), “Sinopsis artículo 117”. *Constitución Española*. Disponible en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=117&tipo=2> Consultado el día: 19/04/2022.
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L. (2018), *La independencia y el gobierno de los jueces: un debate constitucional*. Madrid: Editorial Reus.
- OLLERO, A. (2022), *La justicia en el escaparate*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PICÓ I JUNOY, J. (1998), *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020), “Definición de soft law”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/soft-law#:~:text=priv.,de%20conducta%2C%20principios%2C%20etc>. Consultado el día 25/04/2022.
- ROCA TRÍAS, E. (2021), “Libertad de expresión, independencia, imparcialidad: los jueces en las redes sociales. Un estudio de las decisiones del TEDH”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 122: págs. 13-45.

- RODRÍGUEZ, A. (2016), *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ, A. (2018), “Jueces, Sociedad y Política”, en PENDÁS, B. (director): *España Constitucional (1978-2018): Trayectorias y perspectivas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tomo V, págs. 4067-4078.
- VIADA, S. (2018), “Independencia e imparcialidad de la Justicia: de nuevo sobre el CGPJ y el GRECO”. *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2018/01/27/independencia-e-imparcialidad-la-justicia-nuevo-cgpj-greco/> Consultado el día 27/03/2022.
- VV.AA. (2020), “Soft Law o derecho blando y su papel en el derecho internacional”. *Grupo Ático 34*. Disponible en: <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/soft-law-derecho-blando/#:~:text=Soft%20law%20se%20refiere%20a,que%20establecen%20est%C3%A1ndares%20de%20conducta>. Consultado el día 25/04/2022.

8. Páginas consultadas.

- ANÓNIMO (2009), “Mariano Fernández Bermejo”. *Expansión.com*. Disponible en: <https://www.expansion.com/actualidad/gente/bermejo.html> Consultado el día: 27/05/2022.
- BERBELL, C. (2022), “El Gobierno italiano acaba con las «puertas giratorias» de los jueces y fiscales: El que se va a la política no vuelve”. *Conflegal*. Disponible en: <https://conflegal.com/20220213-el-gobierno-italiano-acaba-con-las-puertas-giratorias-de-los-jueces-y-fiscales-el-que-se-va-a-la-politica-no-vuelve/> Consultado el día 21/05/2022.
- Currículo ANTONIO CAMACHO VIZCAINO, disponible en: <https://es.linkedin.com/in/antonio-camacho-vizcaino-77750b184>. Consultado el día 28/03/2022.
- Currículo JUAN IGNACIO ZOIDO ÁLVAREZ, disponible en: <https://www.modelocurriculum.net/biografias/politicos/juan-ignacio-zoido> Consultado el día 28/03/2022.
- Currículo MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA, disponible en: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2020/07/biografia-delavega.pdf> Consultado el día: 26/05/2022.
- ESPINO JIMÉNEZ, F.M. (2018), “José Antonio Alonso Suárez”. *Real Academia de la Historia*. Disponible en: <https://dbe.rah.es/biografias/40590/jose-antonio-alonso-suarez> Consultado el día 30/03/2022.
- EUROPA PRESS (2021), “Campo regresa a la Audiencia Nacional: "No es ninguna contaminación ni puerta giratoria"”. *Europa Press Nacional*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-campo-regresa-audiencia-nacional-no-ninguna-contaminacion-puerta-giratoria-20210722100649.html> Consultado el día 28/03/2022.
- EUROPA PRESS (2021), “Campo se aparta de 'Kitchen' tras la recusación formulada por Fernández Díaz”. *Europa Press Nacional*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-campo-aparta-kitchen-recusacion-formulada-fernandez-diaz-20211112121335.html> Consultado el día 28/03/2022.

- EUROPA PRESS (2016), “Catalá propone que los jueces que entran en política tengan que esperar para volver a la carrera”. *La vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20161117/411937553264/catala-propone-que-los-jueces-que-entran-en-politica-tengan-que-esperar-para-volver-a-la-carrera.html> Consultado el día: 19/04/2022.
- EUROPA PRESS (2020), “La reforma del PP del poder judicial abre la puerta a recusar a la Fiscal General del Estado”. *Europa Press Nacional*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-reforma-pp-poder-judicial-abre-puerta-recusar-fiscal-general-estado-20201019200200.html> Consultado el día: 22/04/2022.
- LA MONCLOA, “Gobiernos desde la legislatura Constituyente hasta la actualidad”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/gobiernosporlegislaturas/Paginas/index.aspx> Consultado el día 22/03/2022.
- LA MONCLOA, “Juan Carlos Campo Moreno”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/Paginas/130120-juancarloscampo.aspx> Consultado el día 28/03/2022.
- MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN. Disponible en: <https://www.buscabiografias.com/biografia/verDetalle/1964/Margarita%20Mariscal%20de%20Gante> Consultado el día 30/03/2022.
- MINISTERIO DE DEFENSA, “Margarita Robles Fernández”. *Gobierno de España*. Disponible en: <https://www.defensa.gob.es/ministerio/ministra/> Consultado el día 27/03/2022.
- MINISTERIO FISCAL ESPAÑA, “DOLORES DELGADO GARCÍA”. Disponible en: <https://www.fiscal.es/-/fiscal-general-del-estado> Consultado el día 28/03/2022.
- PARLAMENTO EUROPEO, “JUAN IGNACIO ZOIDO ÁLVAREZ”. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/meps/es/197621/JUAN+IGNACIO_ZOIDO+ALVAREZ/cv#detailedcardmep Consultado el día 28/03/2022.

EL SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONSUMIDORES VULNERABLES Y AL BONO SOCIAL¹

Spanish electricity sector: special reference to vulnerable consumers and the "bono social"

Recibido: 5 de junio de 2023

Aceptado: 7 de julio de 2023

Álvaro Sánchez Góngora

Jurista. Máster en Abogacía por la Universidad de Málaga 2021/2023

alvarocreep@gmail.com

RESUMEN

El sector eléctrico español ha cambiado durante los últimos 25 años. En el siglo XX, fue un servicio público controlado por el Estado. Sin embargo, para introducir la competencia privada, entendiéndola esta como un medio de mejorar la eficiencia del sistema, la Unión Europea aprobó una directiva en 1997 para liberalizar dicho mercado. Como consecuencia, las empresas privadas deben prestar servicios públicos para asegurar el acceso a la energía. En este contexto, las empresas deben financiar parte de la factura de la luz de los denominados consumidores vulnerables. Una figura esta que no es suficiente para eliminar la pobreza energética, la cual requiere una economía estable y un sistema eléctrico eficiente. En definitiva, España debe desarrollar una política pública más efectiva contra la pobreza energética.

PALABRAS CLAVE

energía, bono social, servicio público, sector eléctrico, mercado eléctrico, consumidores vulnerables, transición energética.

ABSTRACT

Spanish electricity sector has changed during the last 25 years. In the twentieth century, it was a public service controlled by the State. Nevertheless, in order to introduce private competition, as a way to improve the efficiency of the system, the European Union passed a directive in 1997 to liberalise that market. As a result, private companies must provide public services to ensure access to energy. In this context, private companies finance part of the vulnerable consumer's electricity bill. This is not enough to eradicate energy poverty, which requires stable economy and an efficient electricity system. In conclusion, Spain must develop a more effective public policy against energy poverty.

KEYWORDS

energy, bono social, public service, electricity sector, electricity market, vulnerable consumers, energy transition.

¹ Este artículo tiene su origen en el Trabajo de Fin de Máster correspondiente al Máster Universitario en Abogacía, organizado conjuntamente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga (curso 2021/23), realizado por el autor bajo la dirección de la Dra. María del Pilar Castro López y que obtuvo la calificación máxima de Matrícula de Honor.



Sumario: 1. La espada de Damocles se cierne sobre el mercado energético europeo. 2. Desde el concepto de servicio público al de servicio de interés económico general (SIEG). 2.1. El concepto de servicio público en España. 2.2. Tendencias liberalizadoras europeas: el concepto de SIEG. 3. El laberíntico sector eléctrico español: complejidad normativa y funcional. 3.1. La distribución competencial en materia energética. 3.2. La evolución normativa del sector eléctrico en el derecho de la Unión Europea. 3.3. La regulación del sector eléctrico en España. 3.4. Notas definitorias del sector eléctrico español y funcionamiento del mercado eléctrico. 4. La protección de los consumidores vulnerables en el mercado eléctrico español a través de la figura del bono social. 4.1. Regulación normativa del consumidor vulnerable y del bono social. 4.2. Pobreza energética, consumidor vulnerable y bono social. 4.3. La problemática de la financiación del bono social. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. La espada de Damocles se cierne sobre el mercado energético europeo.

La invasión de Rusia a Ucrania a principios de año ha puesto de manifiesto nuevamente la fragilidad de la política energética de la Unión Europea. Una debilidad que trae causa de la dependencia en países ajenos al club comunitario.

Depender resulta con frecuencia un problema: necesitas un factor externo para dotarte de estabilidad. Y resulta que, en el ámbito que nos ocupa, depender de otros para obtener recursos energéticos es un problema crucial, dado el carácter esencial de la materia prima en cuestión.

Aun así, la problemática del asunto es más trascendente y se inserta en el *ser* de la Unión Europea: se trata de depender de Estados antiliberales para obtener energía. Se cierra así el triángulo de la tragedia: la dependencia, los sistemas políticos antidemocráticos y antiliberales, y el carácter esencial de la materia objeto de dependencia.

El triángulo se convierte en cuadrado. Suele suceder que, si dependes de alguien para conseguir algo que es fundamental para tu bienestar y paz, fácilmente accedas a las peticiones de ese alguien, o dejes de hacer lo que debes hacer, en aras de mantener su beneplácito para consolidar en el tiempo la transacción. La cuadratura se cierra por la conducta influida.

La Unión Europea representa una opción ideológica cuyos pilares se asientan en la libertad, en la democracia y en el imperio de la ley. Podemos estar más o menos de acuerdo con la materialización de esas aspiraciones. El problema reside en la *superficialización* económica, es decir, en esa tendencia reduccionista de naturaleza puramente mercantilista o económica que entiende que la Unión Europea no es o no deber ser sino meramente una unión de mercado.

Según Díaz Alabart (2018, 16), la Unión Europea ha transitado el camino desde su origen fundamentalmente económico -una unión de mercados- a un destino con mayor carga social, donde el ciudadano es el objetivo primordial del proyecto europeísta. No obstante, es una labor en la que se ha de profundizar.

La Unión Europea es algo más, y necesita ser ese algo más para concitar apoyo y estabilidad a largo plazo, para crear, en última instancia, una red emocional de los ciudadanos en torno al proyecto que ofrece. Para la construcción de un mercado interior energético resulta vital un impulso en la legitimidad de la Unión Europea y en el proyecto político que representa.

En este sentido se pronuncia Ariño Ortiz (2012, 761), quien cree necesario el establecimiento de canales de interconexión entre los distintos Estados Miembros.

Asimismo, considera conveniente la articulación de operadores energéticos en el ámbito comunitario para fortalecer la posición de la Unión Europea a nivel mundial.

Si la Unión Europea depende de Rusia para obtener gas, que a su vez es necesario para la producción de otros recursos económicos, y Rusia es un país que se encuentra lejos de los valores políticos de la Unión Europea, la confrontación política por motivos económicos resulta clara: ¿queremos luz o queremos libertad? ¿O acaso pueden no ser términos excluyentes?

Como trae a colación Velázquez León (2021, 6), la Unión Europea, de media, importaba el 40% del gas, el 30% del petróleo y el 25% del carbón de Rusia. Una situación que se agrava en países muy dependientes del gas ruso como Alemania o Finlandia.

La espada de Damocles en el mercado energético europeo se materializa en la siguiente disyuntiva: o la política internacional de la Unión Europea está subordinada a unos intereses económicos con terceros países que a su vez influyen políticamente en aquella y, por tanto, se merman los valores políticos fundacionales al ser contradictorios con los subyacentes en esos terceros países, o la Unión Europea prioriza su libertad e integridad y deja de depender de Rusia para salvaguardar su independencia. La invasión de Rusia sobre Ucrania no ha hecho sino acelerar un debate que se lleva fraguando desde el siglo pasado a raíz del imperialismo energético de la Unión Soviética.

En opinión de Velázquez León (2021, 12-13), la problemática de la Unión Europea también reside en la descoordinación de los Estados Miembros que dificulta la unión energética comunitaria² y, a su vez, la complejidad de la obtención de un suministro externo, estable y seguro, habida cuenta de la infructuosidad de los hallazgos mediterráneos orientales y de la ausencia de estabilidad de Oriente Medio.

En este sentido se manifiesta Ariño Ortiz (2012, 806) destacando la ausencia de estabilidad en Oriente Medio, las casi permanentes crisis en estados generadores de energía como Nigeria, Irán, Venezuela o Bolivia, así como los frecuentes cortes en el suministro del gas ruso.

En definitiva, la unión energética pasa por dejar de depender de países externos que no comparten nuestros valores políticos y buscar, con el mayor consenso posible, alternativas tendentes a la obtención de fuentes energéticas seguras y estables. Todo ello sin resignarse a la dejadez de una influencia internacional europeísta.

2. Desde el concepto de servicio público al de servicio de interés económico general (SIEG).

2.1. El concepto de servicio público en España.

El término servicio público, originario de Francia, goza de una larga tradición en nuestro derecho interno. Las notas que lo definen son, por un lado, la titularidad pública del servicio³

² Pensemos, por ejemplo, en la falta de entendimiento entre los países europeos para dar solución a la crisis energética derivada de la invasión sobre Ucrania. Hoy en día, aún persiste el debate no resuelto para establecer un tope en el precio del gas; por otro lado, hemos presenciado el desacuerdo existente entre España, Alemania y Francia para articular una conexión energética hispano-germánica, o la absoluta discrepancia respecto a extender el modelo ibérico al resto de Europa. También cabe destacar la competencia franco-hispánica en relación con Argelia a raíz de la crisis diplomática derivada de la posición española ante el Sáhara.

³ En España, fue en el Real Decreto de 15 de abril de 1924 donde se declaró la titularidad pública del suministro eléctrico. Ello fue consecuencia de la etapa histórica europea, el periodo de entreguerras y la posguerra, y de una marcada tendencia política y económica: el intervencionismo. Se dejó atrás la primera etapa del sector eléctrico, la concerniente a las últimas décadas del siglo XIX e inicios del siglo XX, durante

y, por otro, el sometimiento de esa prestación al derecho administrativo en aras de garantizar el interés general de la ciudadanía ofreciendo esa prestación de manera asequible, de calidad, continuada, igualitaria y mutable (González Ríos, 2018, 26).

¿Qué son los intereses generales? Como acabamos de leer, el fin principal de un servicio público es satisfacer unos intereses generales o, si se prefiere, unas necesidades colectivas.

Según Rebollo Puig (2015, 61-62), el concepto de interés general es un concepto jurídicamente indeterminado. Un término difuso, que varía según el contexto histórico, social, técnico, económico, político o cultural. Es decir, los intereses generales son los que el legislador concreta según lo dispuesto por el constituyente en la Carta Magna.

El artículo 103.1 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establecen como objetivo y principio general de las Administraciones Públicas el servir objetivamente a los intereses generales. Carecemos de una definición normativa de qué debemos entender por interés general. Una indefinición deseable a ojos de este autor, toda vez que de esta forma se fomenta la pluralidad política e ideológica (Rebollo Puig, 2015, 61-62).

Por todo lo expuesto, habrá que estar a la normativa de aplicación para entender qué debe considerarse en ese concreto ámbito el interés general. En el sector eléctrico, parece meridianamente claro. El propio preámbulo de la Ley del Sector Eléctrico 24/2013, de 26 de diciembre (en adelante, LSE 2013), en sus primeras líneas, reconoce la esencialidad del suministro de energía eléctrica para la vida humana y económica y, por tanto, se constituye como una necesidad colectiva garantizar el suministro de electricidad.

La pregunta que cabe hacerse es la siguiente: ¿es compatible la consecución de las necesidades colectivas sin que el servicio sea de titularidad pública y, por consiguiente, sin que se someta todo él a un régimen jurídico-público?

En cualquier caso, la intervención administrativa se torna necesaria para corregir los fallos del mercado. De lo contrario, si la mano invisible de Adam Smith obra a su antojo, el capital se acumularía de forma desigual, lo que se traduciría económicamente en un deficiente reparto de la riqueza generada.

Una idea esta básica de la ciencia económica y que se traduce en el ámbito jurídico como la potestad que tiene la Administración Pública de incidir en la actividad económica para garantizar unos servicios que se consideran esenciales sin someterse en todo o en parte a las reglas de mercado.

El constituyente lo plasmó en el título VII de la Constitución Española. En especial, los artículos 128 y 131 exponen claramente estas ideas de interés general, justa distribución de la riqueza y la subordinación de las reglas del mercado a la satisfacción de las necesidades colectivas. En similar sentido, el artículo 149 1. 13ª declara la competencia del Estado en la intervención económica.

Aun así, si bien es cierto que el constituyente encomienda la consecución de esos objetivos al poder público, deja libertad en cuanto a las técnicas jurídico-económicas para alcanzarlos.

La lógica conclusión de lo anterior es la siguiente: el concepto de servicio público, entendiéndolo como la ostentación por parte de la Administración Pública de la titularidad

la cual el suministro eléctrico dependía de empresas privadas. En estos años, el Estado desempeñó un rol diluido, centrado esencialmente en los impuestos, la concesión de servidumbres, el mantenimiento de la infraestructura y en una incipiente protección de los consumidores (Olivares Gallardo, 2014, 207).

de un servicio que se reputa esencial para la satisfacción de los intereses colectivos, no es *conditio sine quanon* para la debida observancia de los objetivos constitucionales. Estas aspiraciones constitucionales se pueden cumplimentar por medio de otras técnicas legislativas, jurídicas y económicas, sin que necesariamente la Administración Pública deba ser titular del servicio.

2.2. Tendencias liberalizadoras europeas: el concepto de SIEG.

Como afirma Ariño Ortiz (2012, 46), desde 1930 hasta 1980 se desarrolló y extendió el Estado por las distintas capas de la sociedad y de la economía. En el ámbito económico, eso se tradujo en un intervencionismo regulatorio desmesurado, con el consecuente incremento en el gasto público.

La ineficiencia económica y el cuestionamiento político abocaron al Estado social a la necesidad de reinversión. Según Ariño Ortiz (2012, 40 y 50), se transitó desde un régimen de titularidad exclusiva estatal a un sistema mixto de participación público-privada. Esto es lo que ha acontecido, a grandes rasgos, en el sector eléctrico.

El suministro eléctrico se desarrolló en un primer momento por empresas privadas hasta mediados del siglo pasado donde, a raíz de los desastres bélicos, se optó por un papel activo de la Administración Pública en la economía, donde la energía no fue una excepción. En España, Primo de Rivera declaró la titularidad pública del suministro de electricidad en 1924.

Ariño Ortiz (2012, 30) destaca dos tipos de regulaciones: la tradicional, donde el Estado conserva la titularidad pública del servicio, con derechos exclusivos y planificación centralizada, y la regulación para la competencia, que es la que se ha desarrollado a partir de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, de 27 de noviembre (en adelante, LSE 1997).

Esta forma de regular supone, según considera el autor, la libertad de acceso, la diferenciación entre las distintas etapas del sector, el acceso no discriminatorio de terceros a la red, la posibilidad de libertad contractual, así como el establecimiento del precio a través del mecanismo de la libre competencia. En síntesis, como acertadamente define Olivares Gallardo (2014, 208), bajo esta visión de corte liberal, el Estado pasa de ser un Estado prestador a ser un Estado garante.

El concepto de servicio de interés económico general (en adelante, SIEG) nace en el seno de la Unión Europea, siendo una plasmación del concepto *regulation* anglosajón. Es decir, el Estado diluye su función normativa para enfocarse en el control del sistema, de ahí el papel esencial de los órganos independientes (Olivares Gallardo, 2014, 208).

No obstante, conviene distinguir entre liberalización y desregulación. El sector eléctrico necesariamente ha de ser regulado por su complejidad técnica y para solventar las deficiencias del mercado⁴, así como para redistribuir la electricidad eficientemente (Olivares Gallardo, 2014, 210, 214-216).

Según el parecer de Ariño Ortiz (2014, 731), liberalizar no es desregular, sino regular centrándose el regulador en aquellos aspectos que entiende importantes para liberalizar el sector, esto es, principalmente, en la introducción de terceros para poner fin al monopolio natural.

⁴ En concreto, Olivares Gallardo (2014, 214) apunta a tres elementos disfuncionales del mercado eléctrico que han de ser corregidos por la regulación: la ausencia de competencia perfecta, es decir, la existencia de monopolios naturales; la desigualdad de información entre los productores y los consumidores; por último, la necesidad de gestionar las externalidades.

El SIEG se enmarca en otro concepto más amplio: el servicio de interés general (en adelante, SIG). Según González Ríos, estos conceptos que emanan del legislador europeo se diferencian de nuestro tradicional concepto de servicio público porque no se vinculan a la titularidad pública del servicio y porque la finalidad puede ser distinta. Es decir, para la Unión Europea lo esencial no radica en si la Administración ostenta o no la titularidad del servicio declarado como esencial.

En definitiva, el concepto de SIEG es mucho más flexible y dinámico que nuestro tradicional concepto de servicio público.

Si bien es cierto que, como afirma González Ríos (2018, 54), el concepto de SIG es algo difuso y carece de una óptima definición normativa, ello es así pretendidamente para evitar una armonización en este extremo.

No obstante, cabe traer a colación el considerando setenta de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Se trata de una aproximación al concepto de SIEG, la cual consiste en declarar que el requisito para entender que nos encontramos ante un SIEG es la previa encomienda del poder público al prestador del servicio para el cumplimiento de esas “tareas especiales” que se reputan de interés público. Es a lo que anteriormente nos hemos referido como obligaciones de servicio público.

Un ejemplo de ello lo encontramos en los bonos sociales: en términos generales, el legislador impone a unos reticentes operadores jurídico-privados soportar el coste de la reducción de la factura de la luz de consumidores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

¿Es de esperar que las empresas privadas que operan en el sector eléctrico se apiaden de una persona en riesgo de exclusión social, con unos ingresos irrisorios y que por sí sola no puede pagar los desorbitados precios de la luz? Estas empresas obedecen a reglas estrictamente mercantilistas, de maximización de los beneficios. Y ello no es negativo: es consecuencia lógica de la realidad, como también lo es que la Administración Pública trate de aportar una racionalidad ética.

Para el concepto de SIEG, debemos atenernos al repaso normativo dado por González Ríos (2018, 36-37), habida cuenta de la ausencia de un concepto legal del mismo. La autora analiza el derecho de la Unión Europea en aras a tratar de aprehender este novedoso concepto.

Para ello, puntualiza los siguientes preceptos:

1) El artículo II-96 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que reconoce el acceso a los SIEG para garantizar la cohesión territorial y social.

2) El considerando setenta de la Directiva 2006/123/CE.

3) En referencia al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: los artículos cuarto (competencia compartida de la UE en el mercado interior), decimocuarto (función legislativa y presupuestaria del Parlamento Europeo), nonagésimo tercero (compatibilidad del TFUE con el reintegro de las obligaciones que deriven de los servicios públicos), centésimo sexto (debida observancia de las empresas gestoras de un SIEG del TFUE siempre que ello no contravenga la encomienda pública) y centésimo séptimo (proscripción del favorecimiento público a determinadas empresas del mercado mediante ayudas que falseen o puedan falsear la libre competencia, así como la clasificación de aquellas ayudas que sí resultan compatibles con los intereses de la Unión Europea).

4) El Protocolo número 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el cual se reconoce dos ideas capitales en nuestra materia objeto de estudio: la libertad de la que disponen los Estados Miembros para configurar los SIEG, así como los objetivos por ellos a perseguir, como son la calidad, seguridad, accesibilidad, igualdad, etc.

González Ríos (2018, 40) sintetiza el concepto de SIEG nítidamente: se reducen o eliminan los requisitos o previsiones administrativas en el ejercicio de su prestación, es decir, se promueve la apertura del servicio para su acceso y ejercicio, pero la Administración pública, como contrapartida, realiza encargos a las empresas que deseen operar en ese sector.

Estas obligaciones de servicio público se concretan en la universalidad, es decir, la capacidad que tiene el sector de satisfacer toda la demanda de electricidad; la continuidad de la prestación; la asequibilidad del precio -o de la tarifa-, así como la defensa y protección de los consumidores (Coscolluela Montaner, 2007, 225).

El concepto de consumidor vulnerable y el de bono social encontrarían su ser en estas obligaciones de servicio público que impone el Estado a los operadores jurídico-privados del sistema.

3. El laberíntico sector eléctrico español: complejidad normativa y funcional.

La complejidad normativa del sector eléctrico resulta patente para cualquier jurista que trate de analizarlo. La profusión normativa de distintos órganos reguladores e instancias legisladoras, así como el grado de dificultad técnica, dificultan la sistematización y la clarificación de esta parte del ordenamiento jurídico.

Sala Atienza (2019, 90) considera que la dificultad normativa del sector obedece a la inestabilidad regulatoria, al abuso de los Decretos-Leyes y a la proliferación de Órdenes Ministeriales y Resoluciones. Asimismo, el autor cree que el grado de precisión técnica inherente a este ámbito, el de la energía, enrevesa aún más su epistemología: no sólo hay que saber de derecho, sino de otras disciplinas ajenas al mismo para aprehender con exactitud el funcionamiento del sector eléctrico.

Se pueden aducir numerosos retos a los que se enfrenta el sector eléctrico: desde el déficit tarifario a la articulación de la transición energética, pasando por la consecución de un mayor grado de autoabastecimiento. Sin embargo, consideramos que el principal problema que subyace en esta materia es la ausencia de claridad, con la consecuente ininteligibilidad del mismo.

Si no se hace un esfuerzo consciente para clarificar el sector eléctrico, no sólo se ralentiza y se dificulta el análisis del mismo por parte de los profesionales del derecho, que han de duplicar sus habilidades exegeticas para abordar el funcionamiento de este mercado, sino que se desprotege en mayor medida a los consumidores. Sin adentrarnos en detalle en el derecho de consumo, una realidad resulta evidente: para la protección de los consumidores es necesario que estos adopten decisiones con base en una información clara y veraz.

Nos encontramos, en definitiva, ante la metáfora contenida en *El proceso* de Kafka: el guardián de la ley no deja que traspasemos la puerta, es decir, se está dificultando que los consumidores conozcan adecuadamente una materia tan esencial como es el mercado eléctrico.

Lo laberíntico del sector eléctrico estriba, por un lado, en la diversidad de entes reguladores, habida cuenta del reparto competencial entre la Unión Europea, el Estado, las Comunidades Autónomas y las propias Corporaciones Locales; por otro lado, en la profusión normativa sobre la materia. Por último, en la complejidad técnica para entender el

funcionamiento del mercado eléctrico. Todo ello constituye un reto para la protección de los consumidores, en especial para aquellos que son vulnerables, quienes se encuentran en una situación de pobreza energética ante una realidad que no son capaces de entender, con la consecuente merma en la toma de decisiones en aras de su defensa y garantía.

3.1 La distribución competencial en materia energética.

En primer lugar, hemos de exponer el reparto competencial en materia energética.

En relación con la Unión Europea, cabe destacar el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento, en cuyo apartado 4.2 i) se considera la materia energética como una competencia compartida con los Estados Miembros.

En el artículo 194, se asientan las prioridades del mercado interior único de la energía tales como la garantía del suministro; asegurar el normal funcionamiento del mercado energético; promover la eficiencia energética, así como la interconexión de las redes del sector. El artículo deja libertad a los Estados Miembros para decidir cómo usar los recursos energéticos y cómo garantizar el suministro. Se establece una única excepción: le compete al Consejo tomar aquellas medidas que incidan fundamentalmente en la libertad que tiene el Estado para elegir los recursos de los que servirse, así como en lo referente al modelo de suministro energético.

La Constitución Española, en su artículo 149.1.25 establece la competencia de la Administración General del Estado para fijar las bases del sistema eléctrico. Asimismo, se reconoce la competencia estatal para autorizar las instalaciones eléctricas o el transporte energético cuando afecte ello a más de una Comunidad Autónoma. Por último, y como cuestión conexa, dado que nos encontramos en un mercado con una alta incidencia de regulación e intervención administrativa, hemos de mencionar el artículo 149.1.13, que atribuye al Estado competencia para coordinar y planificar sectores económicos.

En relación con el Estatuto de Autonomía de Andalucía, se prevé como principio que debe orientar la adopción de decisiones públicas el desarrollo de la transición y eficiencia energética. En su artículo 49, se reconocen como competencias compartidas en esta materia el establecimiento y el régimen de autorizaciones de instalaciones de producción, distribución y transporte, cuando todas ellas se encuentren únicamente en territorio autonómico. Asimismo, se reconoce la competencia compartida en el ámbito energético con el Estado y, en especial, la intervención en el sector eléctrico en lo que al territorio andaluz se refiere.

En este punto, resulta interesante destacar la confrontación existente en relación con la supuesta invasión competencial por parte del Estado en relación con el bono social. Como trae a colación Del Guayo Castiella (2017, 367), el Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar en diversas sentencias⁵ sobre este tema, siendo su opinión favorable a la regulación del bono social por parte del Estado habida cuenta de la importancia de garantizar el suministro.

Por último, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local establece en su artículo 25 la competencia de los ayuntamientos en materia de protección ambiental en la ciudad.

⁵ Entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 32/2016 de 18 de febrero; 76/2016 de 14 de abril y 62/2016 de 17 de marzo.

3.2 La evolución normativa del sector eléctrico en el derecho de la Unión Europea.

En primer lugar, cabe destacar la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (en adelante, la Directiva 1996). Esta norma supuso la liberalización del sector eléctrico en España a raíz de la LSE 1997.

La Directiva 1996 aspiró a la apertura del sector eléctrico introduciendo una mayor competitividad y permitiendo el acceso a la red por parte de terceros mediante criterios tasados. Se alude, igualmente, a las obligaciones de servicio público en lo referente a seguridad del abastecimiento, regularidad, calidad, o precios asequibles. Además, se prevé un doble régimen para operar en la fase de generación: autorización y licitación. Se reconoce la figura de un gestor de red y se impone a las empresas distribuidoras la suministración de electricidad con independencia de la zona. De igual manera, y en ese afán liberalizador, se establece la posibilidad de contratar libremente el suministro de electricidad.

En segundo lugar, nos encontramos con la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la directiva 96/92/CE (en adelante, la Directiva 2003).

La Directiva 2003 trató de rectificar los fallos manifestados por el nuevo modelo liberalizador del sector eléctrico. Uno de sus objetivos primordiales fue erradicar las posiciones de fuerza por las empresas generadoras del sector. Además, incidía en la publicidad de las tarifas para el acceso a la red. Igualmente, se bordó la necesidad de crear entes reguladores, garantizar el derecho de los consumidores a decidir la empresa suministradora, o permitir la existencia del suministrador de último recurso, entre otras cuestiones.

Posteriormente se aprobó la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, en adelante, Directiva 2009.

La Directiva 2009 continúa abordando la problemática ya expuesta en la Directiva 1996, sobre todo en relación con la necesidad del acceso a la red de forma equitativa. Además, alude a la conveniencia del establecimiento de interconexiones de electricidad a nivel internacional. Por otro lado, se hace hincapié en la protección de los clientes a través de las obligaciones de servicio público.

Asimismo, resalta la Directiva 2009 el término de pobreza energética, requiriendo a los Estados Miembros a que adopten estrategias para mitigarla desde una perspectiva multidisciplinar. De esta manera, se asegura la protección de los consumidores vulnerables en lo tocante al suministro.

El año 2019 supuso una mayor profusión normativa. Cabe mencionar la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, en adelante, Directiva 2019.

La Directiva 2019 se hace eco de la necesidad de la descarbonización y de la aplicación de los avances tecnológicos para la consecución de los objetivos de eficiencia y transición energética. Además, se hace hincapié en la lucha contra la pobreza energética, siendo consecuencia esta, según la Unión Europea, de la conjunción entre escuetas rentas, el incremento de los precios de la electricidad y la ineficiencia energética

En ese mismo año, el 2019, vieron la luz, entre otros, dos reglamentos sobre esta materia: el Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 relativo al mercado interior de la electricidad y el Reglamento (UE) 2019/941 del Parlamento

Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre la preparación frente a los riesgos en el sector de la electricidad.

El Reglamento 2019/943 promueve la transición energética e insta a los Estados Miembros a la elaboración de una política medioambiental que permita, entre otras cuestiones, la reducción de las emisiones de gases contaminantes. Asimismo, el Reglamento aborda una cuestión nada novedosa: el problema del almacenamiento de energía eléctrica, que supone una disyuntiva cuya solución es crucial para materializar la transición energética.

El Reglamento 2019/941, a su vez, insta a los Estados Miembros a la elaboración de una estrategia para afrontar conjuntamente las crisis energéticas, mediante un fácil acceso en la información de los distintos países para evaluar la probabilidad de una escasez de recursos energéticos.

Por último, en lo que se refiere al ámbito europeo, resulta interesante hacer una sucinta mención al plan *RePowerUE*, en el marco de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité Europeo de las Regiones COM (2022) 230.

Este plan pretende la consecución de un mayor grado de independencia de la Unión Europea al gas ruso. Entre los objetivos a conseguir se encuentran poner fin al despilfarro energético a través de la eficiencia en el sector y mediante la transición energética; el aprovechamiento de nuevas fuentes energéticas con la creación de una plataforma energética a nivel europeo; el incremento de la seguridad de las cadenas de suministro interestatales, o el desarrollo de una industria de energía solar en el marco europeo, entre otras medidas.

Estrechamente vinculado con este plan nos encontramos el denominado *Objetivo 55*⁶, donde se pretende la reducción en un 55% de las emisiones contaminantes para 2030 a través de diferentes medidas, entre las que cabe destacar actuaciones en materia de eficiencia energética. La voluntad de la Unión Europea, plasmada en esta estrategia, es analizar la normativa energética actual para mejorarla y adaptarla a los tiempos actuales.

3.3 La regulación del sector eléctrico en España.

En primer lugar, cabe destacar la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Esta norma es consecuencia lógica de la transposición de la Directiva 1996. Tuvo un objetivo primordial: asegurar un suministro de calidad bajo una transición liberalizadora del sistema.

En este sentido, el legislador de 1997 cambia de perspectiva: no es exigencia del sector la titularidad de los servicios por parte del Estado; basta con la asunción por parte de la Administración Pública de garantizar el suministro. Esta liberalización del sector alcanza su apogeo máximo con la atribución a sociedades de naturaleza privada de la gestión económica y técnica del sistema. El mayor grado de intervencionismo público se circunscribe al ámbito del transporte.

Sin embargo, la piedra angular de la vía liberalizadora reside en el acceso a la red por parte de terceros. Además, entre otras cuestiones, se establecen tarifas para la retribución del transporte o de la distribución y se promueve la libertad a la hora de elegir a la comercializadora por parte del consumidor.

⁶ La información de *Objetivo 55* se encuentra en la página web del Consejo Europeo y del Consejo de la Unión Europea: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>

En los años posteriores a la entrada en vigor de la Ley 54/1997, los sucesivos Ejecutivos se enfrentaron a uno de los grandes problemas del sector: el déficit tarifario. Mediante la figura de los reales decretos, trataron infructuosamente de asegurar el equilibrio financiero del sistema. Entre esta normativa, cabe destacar el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, el cual pretendía atajar urgentemente el desequilibrio financiero del sistema incrementando el margen máximo de pérdidas en las que podía incurrir el mercado en su conjunto. Téngase en cuenta la propia concepción de déficit tarifario que contiene esta norma: el desajuste entre lo obtenido por el acceso a la red y los gastos que traen consecuencia de las actividades reguladas.

En este contexto de desequilibrio financiero se concibe la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. La razón de ser de esta ley es acabar con el déficit del sistema. Si bien el legislador reconoce los beneficios aportados por la normativa anterior, también realiza una somera crítica al reconocer la incapacidad de la LSE 1997 para modular las pérdidas. Para ello, la LSE 2013 introduce un principio rector del sector eléctrico: el principio de sostenibilidad financiera del sistema en aras de equilibrar los ingresos con las pérdidas.

Además de esta idea estructurante del sistema, la LSE 2013 conserva la filosofía propia del legislador de 1997 y, por extensión, del legislador europeo de 1996. En el apartado siguiente ahondaremos en la regulación más relevante contenida en esta norma, donde se presenta como elementos novedosos la regulación del autoconsumo y la introducción de los Precios Voluntarios para el Pequeño Consumidor (PVPC).

3.4 Notas definitorias del sector eléctrico español y funcionamiento del mercado eléctrico.

Como sugiere Ariño Ortiz (2012, 726), el sector eléctrico tradicionalmente ha sido de titularidad pública, en un régimen de monopolio legal y natural, donde empresas de estructura vertical suministraban la energía eléctrica.

Sin embargo, se originó una tendencia liberalizadora a raíz de la LSE 2013, la cual que se inició con la LSE 1997 anterior (Sala Atienza, 2019, 92). En este sentido, Gómez Expósito (2021, 313-314) señala el papel decisivo que ha desempeñado la Unión Europea para liberalizar el sector eléctrico, sobre todo a raíz de la iniciativa británica de desregulación.

Una liberalización que no alcanza a la totalidad de las actividades orientadas al suministro de energía eléctrica plasmadas en el artículo 1.2 LSE 2013, sino que afecta a la generación y a la comercialización.

Antes de entrar en detalle en el mercado eléctrico y en las distintas fases de la actividad -generación, transporte, distribución y comercialización- conviene aclarar los sujetos más relevantes por el lado de la oferta que operan en este mercado, y que se encuentran recogidos en el artículo 6 de la LSE 2013:

Por un lado, están los productores que, como su propio nombre indica, su labor es generar la energía eléctrica. Recordemos que, para producir luz, se usan otros recursos energéticos como el gas o el carbón, de ahí que el precio de otras fuentes energéticas incida directamente en el precio de la luz (Ariño Ortiz, 2012, 727).

Por otro lado, nos encontramos con los operadores del mercado y del sistema, cuya función es la gestión económica y técnica del sistema. El artículo 29.1 párrafo tercero, así como el artículo 30.1 párrafo segundo abordan la personalidad jurídica de los operadores: son sociedades mercantiles.

Posteriormente, está la figura del transportista, que es quien se encarga de transportar la energía eléctrica, y la de los distribuidores, a quienes les corresponde distribuir la energía eléctrica desde las redes de transporte hasta los puntos de suministro, ex. art. 38 LSE 2013. Por último, nos encontramos con las comercializadoras, que son aquellas empresas cuya función es comprar energía para luego venderla a los consumidores.

Una vez establecidos los principales sujetos del mercado, conviene hacer referencia a las distintas actividades que se desarrollan en el sector eléctrico: producción o generación, transporte, distribución y comercialización. El orden a seguir será, en primer lugar, las actividades liberalizadas -producción y comercialización- y, posteriormente, aquellos sectores donde la Administración Pública ostenta un mayor control -transporte y distribución.

En relación con la producción de electricidad, el productor puede contratar libremente con el demandante, ex art. 24.1 LSE 2013 o, por el contrario, materializar su oferta a través del Operador del Mercado Ibérico de la Electricidad, en adelante OMI. Es decir, nos encontramos ante una doble forma de vender y comprar electricidad: un mercado libre -denominado también mercado no organizado-, donde se realizan contratos bilaterales en régimen de libre competencia; por otro lado, un mercado regulado, o *pool*.

A su vez, este mercado regulado se divide en: mercado a plazo, mercado diario, mercados intradiarios, y los servicios de ajuste y balance, ex regla 1ª de la Resolución de 6 de mayo de 2021, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las reglas de funcionamiento de los mercados diario e intradiario de energía eléctrica para su adaptación de los límites de oferta a los límites de casación europeos.

Según Flores Jimeno y Santos Cebrián (2015, 274 y siguientes), en el mercado a plazo, como su propio nombre indica, la transacción tiene como objeto la compraventa de energía aplazada, es decir, para su obtención el día siguiente a la de la fecha de contratación.

En el mercado diario, la franja se divide en veinticuatro horas. Lo que se adquiere es la energía en cada una de las franjas horarias en relación con el día siguiente.

En relación con el mercado intradiario, su funcionalidad es la corrección de las desviaciones entre la demanda real y la proyectada.

El Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (en adelante, MIBEL) se creó con el Convenio internacional entre España y Portugal relativo a la constitución de un mercado ibérico de la energía eléctrica con fecha de 1 de octubre de 2004 (en adelante, Convenio MIBEL). En su artículo segundo, España y Portugal reflejan una voluntad inequívoca: el MIBEL se regirá por la libre competencia. Para ello, tengamos en cuenta la composición del MIBEL: el Operador del Mercado Ibérico Español, en adelante OMIE, y el Operador del Mercado Ibérico Portugués, en adelante OMIP. El OMIE y el OMIP, según el artículo 4 del Convenio MIBEL, son sociedades gestoras de mercado.

En relación con la comercialización, tal y como expone Sala Atienza (2019, 94), las notas características de la misma son la libre competencia, con la salvedad de las comercializadoras de referencia, así como el derecho del consumidor a elegir el suministrador eléctrico.

El artículo 6.1 f) reconoce la personalidad jurídica de las comercializadoras: sociedades mercantiles o cooperativas. El artículo 8.3 LSE 2013 establece la libertad de ejercicio en la comercialización de la energía eléctrica. El artículo 14.10 LSE 2013 configura la libertad de las partes de pactar la retribución de la comercialización, con la salvedad de la

comercialización de referencia⁷. El artículo 44.1 i) reconoce el derecho de los consumidores a la elección de la empresa comercializadora. Merece especial atención el derecho del que goza el consumidor para elegir y cambiar el suministrador eléctrico (Sala Atienza, 2019, 94).

Para ello, hay que tener en consideración el artículo 44 LSE 2013. En su apartado c) se articula el derecho del consumidor a elegir el suministrador, ya sea una comercializadora en libre concurrencia o una comercializadora de referencia, si se trata de un pequeño consumidor.

Excurso: ¿quiénes son los pequeños consumidores? Aquellos que contratan la electricidad para su vivienda. En términos técnicos, este concepto engloba a todos aquellos consumidores cuya potencia contratada está por debajo de los 10 kilovatios. Son estos consumidores los que pueden optar por contratar la energía eléctrica en el mercado regulado de las comercializadoras de referencia, o bien adquirirla en el mercado libre.

Por otro lado, aquellos consumidores cuya potencia contratada sea superior a los 10 kilovatios que, normalmente, son empresas, no pueden optar en qué mercado adquieren la energía eléctrica. Necesariamente han de acudir al libre mercado, donde las comercializadoras ofertan la electricidad en régimen de libre competencia (Sala Atienza, 2019, 98-99).

La diferencia reside fundamentalmente en la fijación del precio. En el libre mercado, el precio se establece cuando se casa la oferta con la demanda. En este punto nos remitimos a lo expuesto *supra*. En el mercado regulado, donde operan las comercializadoras de referencia, el precio voluntario que se establece para el pequeño consumidor (en adelante, PVPC⁸), no es producto de la libre inercia del mercado, sino que se determina regulatoriamente, según lo dispuesto en el artículo 17 LSE 2013 y en el Real Decreto 216/2014 de 28 de marzo.

Por otro lado, en la letra k) se habilita al consumidor a cambiar de suministrador gratuitamente. El artículo 46.1 p) obliga a la empresa suministradora a obedecer los plazos⁹ reglamentarios para permitir los cambios de suministrador.

Una vez establecidas las actividades liberalizadas, con matices, vamos a centrarnos en las actividades reguladas o, si se prefiere, en las actividades de suministro eléctrico donde la Administración Pública conserva competencias más preponderantes o preserva un papel rector. Estas son el transporte y la distribución de la energía eléctrica.

⁷ Téngase en cuenta el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo para entender qué es una comercializadora de referencia. Baste decir aquí que, como apunta Gómez Expósito (2021, 318), la nota fundamental de estos entes es su mayor sujeción a la Administración Pública, donde la comercializadora tiene, por ejemplo, un tope para establecer la retribución del suministro. En este sentido, el artículo 17 LSE 2013 aborda los precios máximos que pueden cobrar las comercializadoras de referencia a los pequeños consumidores. El artículo 3 del citado Real Decreto impone los requisitos a cumplimentar para que una comercializadora sea considerada de referencia. Como consecuencia de lo anterior, cabe cuestionar el régimen de libre competencia en las empresas comercializadoras, habida cuenta del intervencionismo administrativo en lo tocante a las comercializadoras de referencia.

⁸ Cabe considerar al respecto el Real Decreto-Ley 17/2013, de 27 de diciembre, y el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo. Se trata de un precio regulado o tarifa al que se pueden acoger los consumidores que cumplan unos requisitos mínimos, como son aquellos que tienen contratada una potencia igual o inferior a 10 KW. El artículo 17 LSE 2013 establece los conceptos a incluir en esta tarifa: los costes de producción, los peajes de acceso y cargos, y los costes de comercialización.

⁹ El artículo 5.9 del Real Decreto 216/2014 concreta ese plazo en 21 días a contabilizar desde la recepción de la petición de cambio de suministrador.

Como señala Sala Atienza (2019, 94), la Administración Pública establece en estas actividades la retribución. Estamos hablando, en términos económicos, de un monopolio natural, aun cuando se permite la entrada de otros sujetos a la red.

En relación con el transporte, el artículo 34. 2 LSE 2013 encomienda exclusivamente a Red Eléctrica de España la ejecución de dicha actividad. Esta exclusividad ha de ser matizada según lo dispuesto en el párrafo segundo y tercero del mencionado artículo. El legislador español habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo¹⁰ para permitir a los distribuidores, por razones de gestión de la red, la obtención de la titularidad de partes de las instalaciones del transporte secundario en aras de cumplimentar las exigencias derivadas de la construcción, de la maniobra y del mantenimiento de dichas instalaciones.

La distribución es definida en el artículo 38.1 de la LSE 2013 como una actividad de transmisión de la energía eléctrica desde la red a los puntos de consumo. Es una actividad regulada y de retribución regulada. Esto último se manifiesta en el artículo 40.3 a).

Como resalta Sala Atienza (2019, 101) las empresas de distribución tienen encomendadas, además, la construcción, el mantenimiento y la operatividad de las redes, pudiendo acceder a las redes en condiciones de igualdad a través de una instalación de generación, siempre que no sean titulares de estas, y bajo estricta observancia de las exigencias de carácter técnico.

Respecto al tema que nos interesa, esto es, los bonos sociales, su existencia se debe a una obligación de servicio público cuyo afán es la lucha contra la pobreza energética.

El bono social es producto del mecanismo de fijación de precios, al igual que el PVPC o el precio fijo anual para el pequeño consumidor (Flores Jimeno y Santos Cebrián, 2015, 290). Es decir, se inserta dentro de la noción de mercado regulado o *pool*, y a su vez entra dentro del concepto Tarifa de Último Recurso, en adelante TUR, tal y como establece el artículo 17.3 apartado a) de la LSE 2013.

4. La protección de los consumidores vulnerables en el mercado eléctrico español a través de la figura del bono social.

4.1. Regulación normativa del consumidor vulnerable y del bono social.

En primer lugar, cabe destacar el Real Decreto-Ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica. El modelo de financiación que se contenía originalmente en este Real Decreto-Ley se declaró inaplicable por el Tribunal Supremo.

Por otro lado, esta regulación reformó la LSE 2013 en determinados extremos, entre los que cabe destacar la remisión reglamentaria para precisar el concepto de consumidor vulnerable, así como las condiciones a cumplir para obtener tal condición; además, fija el valor del bono social, que viene dado por la diferencia entre el PVPC y la TUR. Igualmente, cabe señalar la modificación que realizó en relación con el artículo 52.4 j) sobre la esencialidad del suministro a los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social.

¹⁰ Como viene siendo de costumbre, los diferentes poderes ejecutivos que se han sucedido en nuestra democracia tienen cierta tendencia a modificar la nomenclatura y la organización ministerial. La remisión de la LSE al Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha quedado obsoleta. Nos encontramos actualmente ante un desdoblamiento: el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, por un lado, y el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico, por otro.

En segundo lugar, el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. En esta norma se establece el concepto de consumidor vulnerable, los colectivos beneficiarios, el contenido del bono social, obligaciones de información de las empresas comercializadoras, así como el contenido de la petición del bono social. En el apartado siguiente expondremos con detalle su contenido.

Por añadidura, este Real Decreto a su vez se completa con la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Esta regulación ahonda en los detalles técnicos y procedimentales para solicitar y obtener el bono social.

Por último, el Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores. En esta norma se establece un mandato al Gobierno para que apruebe en seis meses la *Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética*¹¹, consistente en la mitigación estructural, sistémica y coyuntural de la pobreza energética mediante la evaluación y definición de los problemas y el diseño de las medidas oportunas para solucionarlos, promoviendo la cooperación interadministrativa para la consecución de los objetivos.

Además, este Real Decreto-Ley modifica la LSE 2013 en los siguientes puntos: se introduce el concepto de obligación de servicio público en relación con las asunciones por parte de las empresas del sector del bono social, de la imposibilidad de cortar el suministro declarado esencial. También modifica parte del contenido del Real Decreto 897/2017 añadiendo colectivos dentro del bono social, o estableciendo la Tarifa de Último Recurso aplicable al consumidor vulnerable, la cual se configura como la reducción del 25% de todos los cargos que componen el PVPC.

4.2. Pobreza energética, consumidor vulnerable y bono social.

Para entender correctamente el bono social, es indispensable definir otros dos conceptos consustanciales al mismo: la pobreza energética y el consumidor vulnerable.

La finalidad del bono social es la lucha contra la pobreza energética. Para Castro López y Escámez Navas (2018, 53, 59, 60), esta última carece de un concepto consensuado y definido con precisión.

No obstante, estos autores entienden que, para definir adecuadamente la pobreza energética, es necesario otro término inherente: la vulnerabilidad energética, la cual hace referencia a los elementos no contingentes que inciden en una situación de escasez de recursos energéticos. Para ello, además de considerar los motivos que abocan a la pobreza energética (ingresos mínimos, elevados precios, ineficiencia energética), hemos de situarnos en el contexto socioeconómico inestable y que trae consecuencia de la crisis originada en 2008.

Concluyen estos autores entendiendo que es crucial la elaboración de un concepto de pobreza energética en el ordenamiento jurídico que incluya la imposibilidad de satisfacer el

¹¹ El documento se encuentra disponible en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico:

https://www.miteco.gob.es/es/prensa/estrategianacionalcontralapobrezaenergetica2019-2024_tcm30-496282.pdf

coste de los recursos energéticos fundamentales para mantener una vida digna (Castro López, Escámez Navas, 2018, 72).

Por otro lado, Según Silva Ardanuy (2014, 20, 133), esta se puede definir como la inaccesibilidad a la energía suficiente para cubrir las necesidades básicas o, igualmente, cuando se destina una cuantía desproporcionada para pagar, por ejemplo, la factura de la luz.

Para este autor, la pobreza energética viene dada por rentas bajas, elevados costes energéticos, así como por la falta de eficiencia energética en la vivienda. En términos porcentuales, nos encontraríamos en una situación de pobreza energética si una persona tiene que destinar más del doble del porcentaje de gasto en energía sobre los ingresos obtenidos que la media de los demás ciudadanos (Silva Ardanuy, 2014, 134).

En relación con la eficiencia energética, la mitad de las viviendas en España se construyeron bajo normativa que no preveía requisitos de eficiencia energética (Silva Ardanuy, 2014, 243). A su vez, según se reconoce por la Unión Europea en el plan Objetivo 55, las viviendas consumen el 40% de la energía¹².

Esto es relevante, toda vez que supone destinar erróneamente recursos energéticos que no se aprovechan convenientemente. Una de las metas del Objetivo 55 elaborado por la Unión Europea es precisamente convertir las edificaciones en emisores neutros. Para ello, se otorga 2050 como fecha límite para que las viviendas anteriores en el tiempo se adapten a la nueva normativa de eficiencia energética.

Conviene precisar en este punto el excesivo aumento del precio de la electricidad en España en los últimos años. Según datos ofrecidos por Calvo Vérguez (2018, 18 y siguientes), desde 2005 hasta 2013 los costes del sistema han sido mayores que los ingresos recaudados por las tarifas¹³; además, en la etapa que ha transcurrido desde 2008 hasta 2014, el importe de la electricidad se ha incrementado en un 52%, correspondiendo unas tres cuartas partes de la subida a la regulación administrativa. En la actualidad todos somos conscientes del incremento de precios, alcanzándose cifras récords.

En opinión de Calvo Vérguez (2018, 20), parte de la problemática reside en cuantificar en la factura de la luz conceptos que son ajenos a la actividad propia de generación de la energía eléctrica y que, en última instancia, elevan el precio de la electricidad. Esto supone, además, un desincentivo para la transición energética.

Este incremento excesivo del precio de la energía ha supuesto una mayor pobreza energética en nuestro país. El bono social no deja de ser una medida más para suavizar los efectos de este fenómeno, pero es a todas luces insuficiente, toda vez que se ha carecido en España de una política social integral tendente a erradicar la pobreza energética (Silva Ardanuy, 2014, 237).

¹² <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/>

¹³ El déficit tarifario es uno de los principales problemas a los que se ha expuesto tradicionalmente nuestro sistema eléctrico y su aminoración es la tarea prioritaria de la política energética de los últimos años (Del Guayo Castiella, 2017, 350). Entre las causas de este desequilibrio, se encuentra el método de coste marginal (Silva Ardanuy, 2014, 140). Para Ariño Ortiz (2012, 760), la solución pasa por una mayor apuesta en el libre mercado, un cálculo de la tarifa que permita reflejar más fielmente el precio real de la electricidad, así como el fortalecimiento de un ente regulador imparcial que sea quien oriente o establezca las tarifas. Además, el déficit tarifario tiene una incidencia directa para los consumidores vulnerables, siendo esta cuestión decisiva para la creación del bono social, tal y como consta en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2009. Por tanto, para solventar la pobreza energética resulta necesario atajar el déficit tarifario.

La solución real no reside en el bono social, ni tampoco en incrementar los beneficiarios de este. La cuestión es algo más compleja que subvencionar o redistribuir el coste tarifario, y necesariamente pasa por evitar que cada vez más personas se encuentren en una situación de vulnerabilidad energética. No se trata de extender los beneficios del bono social, sino de estabilizar el precio de la electricidad en parámetros acordes a los ingresos reales de los pequeños consumidores.

Por otro lado, nos encontramos con la figura del consumidor vulnerable, regulado en el artículo 45 de la LSE 2013 y en el artículo 3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica. Además, el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios nos define qué es ser consumidor. Lo relevante es el adjetivo que lo acompaña: vulnerable.

En términos generales, la vulnerabilidad supondría una situación de pobreza energética: el consumidor no puede acceder a la electricidad necesaria para su vivienda habitual, o bien tiene que destinar un porcentaje desproporcionado de sus ingresos para el pago de la misma.

No obstante, según Del Guayo Castiella (2017, 348), el concepto de pobreza energética no se circunscribe exclusivamente a la insuficiencia de recursos energéticos por parte de los consumidores finales, sino que también abarca el concepto de la ineficiencia energética que, en opinión del autor, es el mayor de los problemas a combatir en este sentido.

Dicho todo lo anterior, y aplicando la lógica del bono social, alguien tiene que ayudar a este consumidor a pagar la factura de luz¹⁴.

Es preciso referirnos aquí al derecho de consumo para entender e incluso adoptar una perspectiva más sofisticada a la protección de los consumidores y, en concreto, de los consumidores vulnerables. Antes de ahondar, cabe adelantar lo que expondremos en lo sucesivo: en esencia, el legislador en materia de consumidores vulnerables en el sector eléctrico ha vinculado rigurosamente, en la mayoría de los supuestos, la condición de consumidor vulnerable a niveles de renta.

No obstante, la vulnerabilidad de los consumidores obedece a causas multifactoriales que exceden de la naturaleza estrictamente económica de los sujetos. Según Díaz-Ambrona (2016, 37), la condición de consumidor vulnerable puede ser consecuencia de causas externas -complejidad del mercado, información insuficiente, etc-, o bien internas -nivel cultural, profesional, capacidad intelectual...

Si adoptamos esta postura más extensiva del concepto vulnerabilidad y no lo asociamos casi en exclusiva a los ingresos del consumidor o de la unidad de convivencia, nos encontramos con una realidad palpable: la gran mayoría de consumidores, en el sector eléctrico, son consumidores vulnerables, y esta condición de desprotección natural de los consumidores viene dada por causas externas: la complejidad del sector, su propia tendencia económica, y, sobre todo, por la falta de información sencilla, clara y legible.

Esta situación de vulnerabilidad extensiva ha de revertirse no sólo desde el ámbito económico, sino desde una perspectiva jurídica de protección de los derechos básicos de los consumidores, como resulta ser el derecho de información. Sólo mediante una labor

¹⁴ Según Del Guayo Castiella (2017, 346), la justificación jurídica del bono social reside en el propio derecho de consumo y en su fundamentación rectora: la defensa de los consumidores. Sobre todo, según el autor, resulta necesaria la defensa de los consumidores en el sector eléctrico habida cuenta de la propia lógica económica del mercado con la existencia de oligopolios y monopolios.

intensiva de información sobre extremos tales como el funcionamiento básico del mercado eléctrico, los derechos de los clientes, el desglose de la factura de la luz, o los requisitos y el procedimiento para solicitar el bono social, alcanzaremos una situación más justa: aquella donde el colectivo de consumidores vulnerables disminuye en favor de los consumidores medios, quienes gozan de información rigurosa y veraz que les permite adoptar decisiones razonables (Díaz-Ambona, 2016, 36).

Continuando con esta lógica, se desprenden dos consecuencias:

La primera es la falta de precisión nominal del concepto consumidor vulnerable que realiza el legislador en la LSE 13, habida cuenta del término originario que proviene del derecho privado y que es más extensivo que el contenido por el derecho energético. Quizás sea más adecuado denominar a este colectivo como consumidores en situación de vulnerabilidad económica -figura ésta acogida por el Tribunal Constitucional-o bien, consumidores en riesgo de pobreza energética. El sustantivo pobreza hace referencia a una situación de inaccesibilidad de recursos económicos, siendo esto más acorde con el contenido propio del bono social, que no deja de ser una redistribución de costes.

La segunda consecuencia hace referencia al derecho de información. Según apunta Díaz Alabart (2018, 21), este derecho es la garantía fundamental para los consumidores. Sin embargo, no se trata únicamente de satisfacer este derecho desde un ámbito civilista, entendiéndolo como el deber de información y asesoramiento por parte del empresario al cliente. El derecho de información, en el sector eléctrico, debería ser algo más ambicioso: ofrecer una visión holística del mercado y de sus derechos, con una necesaria clarificación conceptual. En esta tarea no sólo han de participar las empresas del sector, sino los organismos y las administraciones públicas.

En este punto nos encontramos con un concepto al que nos hemos referido al principio: la obligación de servicio público. El Estado impone a determinadas empresas del sector eléctrico financiar el precio de la electricidad en un porcentaje fijado legalmente -cuestión esta no exenta de contienda jurídica, como veremos más adelante-. En los casos más extremos de pobreza energética, la Administración Pública es la que directamente subvenciona parte de la tarifa.

Antes de profundizar en el bono social, es oportuno encuadrar el mismo dentro del mercado eléctrico. Cada uno de nosotros tenemos tres opciones: adquirir la electricidad a precio libre en el mercado no regulado; acogernos al Precio Voluntario del Pequeño Consumidor (PVPC), donde actúan las comercializadoras de referencia y que está configurado para aquellos consumidores cuya potencia contratada es inferior a 10 KW, ex art. 17 LSE 2013 y párrafo octavo de la parte tercera de la exposición de motivos; o, por último, acogernos al precio unitario fijo anual (Calvo Vérguez, 2018, 20).

Dentro de los PVPC, nos encontramos con diferentes tarifas (art. 17.3 LSE 2013): los precios regulados que pueden cobrar las comercializadoras de referencia a aquellos consumidores que circunstancialmente no hayan contratado con una comercializadora en el mercado no regulado y, lo que nos interesa, la tarifa aplicable a los consumidores vulnerables o, en otras palabras, el bono social (Calvo Vérguez, 2018, 20).

Según lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, los consumidores vulnerables han de pagar el PVPC con un descuento del 25%, y los consumidores vulnerables severos gozarán de una rebaja del 40%.

No obstante, transitoriamente y hasta el 31 de diciembre de 2023, según el artículo primero del Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de

energía para la protección de los consumidores, el descuento es del 65% para el consumidor vulnerable y del 80% en relación con el consumidor vulnerable severo.

Además, cabe mencionar una tercera categoría, si bien tiene incidencia respecto del corte de suministro en caso de impago: el consumidor en riesgo de exclusión social, definido en el artículo 4 del Real Decreto 897/2017 con las siguientes notas características: consumidor vulnerable severo atendido por los servicios sociales y cuya factura de luz esté financiada en un 50% por una administración pública. Según el artículo 52. 4 j), este suministro referido a la vivienda habitual es considerado un servicio esencial y, por tanto, se proscribe la suspensión del mismo.

Como hemos podido observar, existen tres categorías de consumidores vulnerables. Los requisitos necesarios para ser considerados consumidores vulnerables y consumidores vulnerables severos son los siguientes, según lo dispuesto en el artículo 3.2 del Real Decreto 897/2017:

El primero de los supuestos contemplados en la letra a) del artículo 3.2 hace referencia a la necesidad de que la renta individual o conjunta anual, si el consumidor convive con más personas, sea igual o inferior a 1,5 veces el Indicador Público de Efectos Múltiples (IPREM) de 14 pagas.

Según lo dispuesto en la Disposición adicional nonagésima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, el IPREM se cuantificará mensualmente en 600 euros.

El multiplicador de renta en relación con el IPREM se aumentará en un 0'3 por cada componente de la unidad familiar mayor de edad, y en un 0'5 si fuere menor de edad¹⁵. El precepto define qué ha de entenderse por unidad de convivencia¹⁶.

El segundo supuesto se hace mención a las familias numerosas, las cuales han de aportar el título de familia numerosa en cuya vigencia se aplicará el bono social, ex artículo 7.4 del citado Real Decreto.

En tercer lugar, nos encontramos con aquellos consumidores que, individualmente o, si forman una unidad de convivencia todos ellos, perciban en su cuantía mínima pensión por incapacidad permanente o jubilación. Además, se exige adicionalmente que no perciban otros ingresos mayores de 500 euros anuales.

En cuarto lugar, se entenderán igualmente como consumidores vulnerables aquellos que perciban el Ingreso Mínimo Vital, ya sea por el propio consumidor o por alguno de los integrantes de la unidad de convivencia.

El apartado cuarto del mismo artículo recoge los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable severo: obtener una renta anual igual o menor a la mitad del umbral resultante de 1,5 veces el IPREM o, si procediera, la mitad del umbral resultante de 1,5 veces

¹⁵ No es el único supuesto en el que se incrementa el multiplicador de la renta en referencia con el IPREM. Este mismo método se utiliza en el artículo 3.3 del Real Decreto 897/2017 para favorecer e incrementar así el margen respecto de colectivos que, entiende el legislador, son más vulnerables. Entre estos colectivos nos encontramos con personas con una discapacidad igual o superior al 33%; víctimas de violencia de género o terrorismo; personas en situación de dependencia en grado II o III y, por último, las familias monoparentales. En todos estos casos, el multiplicador de la renta se incrementará en 1.

¹⁶ El párrafo cuarto del apartado dos del artículo 3 del Real Decreto 897/2017 define con precisión qué ha de entenderse por unidad de convivencia: personas que convivan en el mismo domicilio y sean cónyuges o pareja de hecho, así como aquellos hasta el segundo grado de consanguineidad, adopción, afinidad, o quienes convivan bajo guarda para adopción o acogimiento definitivo.

el IPREM habiendo incrementado los multiplicadores de la renta, según lo dispuesto anteriormente para los colectivos más desfavorecidos.

Añade también el precepto que serán considerados consumidores vulnerables severos aquellos que reciban la pensión mínima de jubilación o por incapacidad permanente y que ingresen una renta anual igual o inferior a una vez el IPREM. Asimismo, se incluyen en dicho colectivo las familias numerosas cuya renta anual sea igual o inferior a dos veces el IPREM.

En relación con otras normativas anteriores, este Real Decreto excluye del colectivo de consumidores vulnerables a aquellos clientes cuya potencia contratada sea inferior a los 3 KW. En opinión de Calvo Végez (2018, 22), ello supone que el número de beneficiarios del bono social no haya aumentado considerablemente.

El legislador ha tratado de vincular estrechamente la condición de consumidor vulnerable a niveles de renta. Es, en definitiva, una decisión de política legislativa. No obstante, hemos de tener en cuenta que el derecho no es una realidad autónoma y disociada, y en menor grado aún en el ámbito que estamos estudiando. La economía es fundamental para entender el mercado eléctrico, y sus reglas han de inspirar el desarrollo normativo.

La pregunta que cabe hacerse es la que formula Calvo Végez (2018, 22) en relación con la repercusión de los costes del bono social por parte de las comercializadoras de referencia a los consumidores. Si bien es cierto que, como expone el autor, los costes están regulados y en teoría no pueden ser repercutidos, en la práctica la realidad funciona o puede funcionar bajo otros parámetros. Este traslado de costes supondría a su vez un incremento del déficit tarifario y, paradójicamente, un perjuicio para los consumidores vulnerables, cuyo número aumentaría, creando así un círculo vicioso de subida de precios y de mayor pobreza energética.

4.3. La problemática de la financiación del bono social.

La financiación del bono social ha generado numerosas controversias, con la consecuente inaplicación de varios modelos de redistribución de los costes generados por el bono social. Tan es así, que en menos de dos décadas se han sucedido hasta cuatro modelos distintos de financiación del bono social. La causa de nulidad ha sido en todos los supuestos la misma: medidas discriminatorias, al atribuir los costes del bono social a determinadas empresas del sector, no a el conjunto de ellas.

El primer modelo de financiación del bono social se articuló en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, desarrollado por la Orden ITC/1723/2009, de 20 de junio.

El artículo 2.5 del Real Decreto-Ley atribuía a las empresas generadoras la carga de asumir el coste del bono social. No obstante, en la exposición de motivos no se justifica adecuadamente por qué estas empresas, y no otras, eran las que debían asumir la financiación de este instrumento de lucha contra la pobreza energética.

Como era de esperar, tal y como recuerda Del Guayo Castiella (2017, 352), se impugnó indirectamente el Real Decreto-Ley mediante la impugnación directa de la citada Orden. Recayó Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, donde el Alto Tribunal considera este régimen de financiación contrario a los requisitos establecidos por la Directiva 2003/54/CE para la imposición de obligaciones, al ser discriminatorio, sin justificación objetiva y sin ser diáfano en el método de reparto de costes.

El segundo modelo de financiación se formuló a través del artículo 45.4 de la LSE 2013 de la redacción original de la ley. En este precepto se repartía el coste del bono social a aquellas empresas que ejercieran conjuntamente actuaciones en los ámbitos de la producción, distribución y comercialización de la energía eléctrica, o bien a las matrices de los grupos empresariales.

Esta redacción supuso que se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aclarar si era conforme a la Directiva 2009/72/CE. En su sentencia de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19, el Tribunal entiende que este modelo es discriminatorio y que desvirtúa el contenido propio de la Directiva, al no respetarse el requisito de no discriminación en la imposición de obligaciones de servicio público.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el legislador español en ningún momento justifica esta atribución que, en última instancia, atribuye la gran mayoría del coste del bono social a unas pocas empresas del sector eléctrico, sin causa objetiva, cuando existen otras empresas que no financian el bono social y, sin embargo, concurren en ellas más requisitos para participar en la carga colectiva.

Ante el vacío normativo en lo referente a la financiación del bono social, el Real Decreto-Ley 7/2016 estableció otro nuevo modelo de reparto. Esta vez, mediante la reforma del apartado 4 del artículo 45, se atribuía a las empresas comercializadoras el coste del bono social, bien a las matrices, o bien individualmente a las empresas si no forman parte de ninguna matriz. En el Anexo de la citada norma se establecía un porcentaje de reparto según este criterio.

Este porcentaje lo calcularía anualmente la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia según la cantidad de clientes que cada comercializadora atendía en sus suministros en relación con el conjunto de clientes de todas las comercializadoras.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 31 de enero de 2022, declara la inaplicabilidad de la obligación de cofinanciar el suministro de los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social, así como del modelo de financiación del bono social, por exactos motivos que en las sentencias anteriores. El Supremo considera que este régimen es discriminatorio al no incluirse en la participación de los costes del bono social a todas las empresas del sector eléctrico. Además, el Alto Tribunal considera carente de justificación que sean las empresas comercializadoras las que deban asumir dicho coste. El bono social incluye importes en diversas fases del sector eléctrico: producción, peajes y comercialización. Por estas razones, el Tribunal declara la nulidad.

Ante esta situación, se desarrolla la Orden TED/733/2022, de 22 de julio, por la que se aprueba el reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Esta regulación de la financiación del bono social es consecuencia directa de la experiencia en la década previa y asume el reparto entre todas las empresas del sector eléctrico, estableciendo diferentes porcentajes según la fase. Según la exposición de motivos, este reparto se hace atendiendo a las características de cada ámbito: para las empresas productoras, se tendrá en cuenta la generación de electricidad; para los transportistas, se dividirá según la retribución obtenida; para las distribuidoras y las comercializadoras, se atenderá a la cuota de clientes.

En definitiva, la financiación del bono social es un claro ejemplo de mala técnica regulatoria. Las sucesivas directivas europeas en esta materia han sido siempre diáfanos en su contenido, al excluirse cualquier tipo de discriminación dentro de las empresas del sector eléctrico. Ello es una cuestión determinante para la liberalización y para el fomento de la competitividad del mercado, por lo que resulta sorprendente que, en un aspecto tan trascendental como este, nuestro Estado haya incurrido en diversas ocasiones en los mismos

errores de técnica regulatoria, máxime teniendo en cuenta que ni siquiera se justificaba el régimen adoptado, o no al menos con el detalle preciso.

El devenir de este nuevo modelo de financiación es incierto, debiendo ser prudentes si atendemos a la experiencia previa. Para Del Guayo Castiella (2017, 380), esta es una problemática de fácil solución si el bono social se realiza con cargo en los Presupuestos Generales del Estado.

5. Conclusiones.

1. La Unión Europea tiene un reto, en primer lugar, energético y, en segundo lugar, de legitimación. Sin una unión dentro de la Unión Europea, valga la redundancia, es imposible llegar a la construcción de un verdadero mercado interior energético.

2. En relación con el aspecto estrictamente energético, la Unión Europea tiene aún mucho camino por recorrer. Como hemos referenciado en páginas anteriores, han visto la luz dos planes de actuación: *RePowerEU* y *Objetivo 55*. Queda por delante un desarrollo legislativo tendente a materializar la independencia y la autonomía energética respecto de terceros países que no comparten los valores inherentes a la Unión Europea, así como la profundización en el mercado interior energético mediante la articulación de nuevos mecanismos de cooperación interadministrativa. Igualmente, se ha de ahondar en la transición energética¹⁷.

3. El bono social es una herramienta insuficiente sin una verdadera política de lucha contra la pobreza energética. No se trata de ir subvencionando a cada vez más personas como consecuencia de la incesante escalada de precios sino de evitar, en la medida de lo posible, el aumento de la proporción de individuos que han de recurrir necesariamente a esta figura para garantizar el pago del suministro de energía eléctrica. Para ello es conveniente atajar, por un lado, la crisis energética y, por otro, favorecer la economía en general. Sólo a través de la creación de empleo y de la estabilidad de precios en el sector energético se mitigará realmente la pobreza energética, reduciéndose el colectivo de los consumidores vulnerables.

4. Consideramos fundamental en este ámbito proteger a los consumidores, dado que la gran mayoría son vulnerables, en la interpretación que el derecho de consumo otorga a la vulnerabilidad de los consumidores. La realidad es que gran parte de las personas ignoran, no ya sólo el funcionamiento del mercado eléctrico para el cálculo del precio de la luz, sino que desconocen en profundidad cuáles son sus derechos y qué están pagando.

En este sentido, sería oportuno reforzar y, sobre todo, clarificar el contenido de las garantías protectoras de los consumidores. De igual manera, resulta necesario explicar a la ciudadanía, de manera sencilla, qué están pagando y cuánto están pagando. Bajo esta premisa, corresponde a las administraciones públicas realizar campañas informativas, ya sean mediante anuncios televisivos, información en páginas web institucionales, correspondencia, o a través de un asesoramiento telemático o presencial en cuestiones energéticas.

¹⁷ De momento, España ha presentado recientemente ante la Comisión Europea su propuesta de reforma del mercado energético europeo. Entre las medidas a adoptar, se hace énfasis en el hidrógeno renovable y en la posibilidad de suscribir tanto contratos a plazo de energía como de capacidad.

Esta información se contiene en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico:

<https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/Espa%C3%B1a-remite-a-la-Comisi%C3%B3n-Europea-su-propuesta-para-reformar-el-mercado-el%C3%A9ctrico-europeo/tcm:30-550165>

5. En relación con el bono social, el acceso al mismo debería ser automático si se cumplen las condiciones que se establecen legalmente. Para ello es fundamental una sofisticada cooperación interadministrativa donde se crucen los datos sin dificultad.

Además, la forma en la que se calcula el bono social puede resultar problemática. Nos encontramos ante un contexto económico volátil, inmerso en una espiral inflacionista. El poder adquisitivo se ve mermado, por lo que los porcentajes han de adaptarse al contexto dinámico en el que nos encontramos para evitar que, según la situación presente, el bono social sea más o menos efectivo.

Por otro lado, en lugar de establecer un procedimiento para solicitar el bono social, cuya existencia el consumidor no tiene por qué conocer, sería factible que se adjuntara una autorización con el recibo de la luz donde el cliente consintiese el tratamiento de los datos personales para verificar si le corresponde el descuento del bono social. Si resulta afirmativo, la aplicación del bono social debería ser automática. De esta manera nos aseguramos de que este tipo de prestaciones se trasladan fielmente a la ciudadanía.

6. Resultan cuestionables los costes regulatorios que han de satisfacer los ciudadanos y que nada tienen que ver con el precio real de la electricidad. Esto a su vez incrementa el déficit tarifario, que es uno de los grandes retos a los que se enfrenta el sector eléctrico.

7. La solución no pasa por empobrecer energéticamente a la ciudadanía, sino por redistribuir los costes por el lado de la oferta y, sobre todo y a largo plazo, incidir en la transición energética y en la construcción de un sector más competitivo y eficiente.

Es precisamente la mayor eficiencia de las empresas del sector lo que garantizaría la estabilidad financiera del sistema. Para ello, es fundamental una regulación acertada (Ariño Ortiz, 2012, 28). Como afirma este autor, la intervención pública en los sectores regulados se justifica cuando: se asegura el suministro de la electricidad -cuestión que acontece, por ejemplo, con las obligaciones de servicio público y que se prevé su garantía en el artículo 7 de la LSE 2013-, o bien cuando se trate de armonizar la calidad y el precio.

5. Bibliografía.

- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): *Privatizaciones y liberalizaciones energéticas: balance de situación*, en Ariño Ortiz, G.; de la Cuétara, M.; del Guayo Castiella, Í.: *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): *Principios de regulación del sector eléctrico: ¿servicio público o regulación para la competencia?*, en Ariño Ortiz, G.; de la Cuétara, M.; del Guayo Castiella, Í.: *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): *El retorno a lo privado: una nueva encrucijada histórica*, en Ariño Ortiz, G.; de la Cuétara, M.; del Guayo Castiella, Í.: *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): *El mercado interior de la electricidad en Europa. Estado de la cuestión y tendencia en el umbral de 1995*, en Ariño Ortiz, G.; de la Cuétara, M.; del Guayo Castiella, Í.: *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

- ARIÑO ORTIZ, G. (2012): *Empresa pública versus regulación económica*, en Ariño Ortiz, G.; de la Cuétara, M.; del Guayo Castiella, Í.: *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2018): *Pasado, presente y futuro del llamado bono social aplicable en el sector eléctrico español*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, nº 40, 25-62.
- CASTRO LÓPEZ, M.P Y ESCÁMEZ NAVAS, S. (2018): *Sobre el concepto de pobreza energética en el ordenamiento español*, pp. 53-74, en Martín Solbes, V.M. y Castilla Mesa, M.T., (Coords.). Educación, derechos humanos y responsabilidad social. Barcelona: Octaedro.
- COSCULLUELA MONTANER, L.; LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2007): *Derecho público económico*. Madrid: Iustel.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í. (2017): *Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social*. Revista de Administración Pública, nº 203, 343-381.
- DÍAZ ALABART, S. (2016): *Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Reus, S.A.
- FLORES JIMENO, M.; SANTOS CEBRIÁN, M. (2015): *El mercado eléctrico en España: la convivencia de un monopolio natural y el libre mercado*. Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 25, 257-297.
- GÓMEZ EXPÓSITO, Á. (2021): *Derecho al cambio de suministrador eléctrico*, en Revuelta Perez, I.; Alonso Mas, M. J.: *Regulación del sector eléctrico y transición energética*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2018): *La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material*, en González Ríos, I.; Álvarez Rodríguez, E. M.; Ávila Rodríguez, C. M.: *Servicios de interés general y protección de los usuarios*. Madrid: Dykinson.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. (2016): *Consumidor y comerciante*, en Díaz Alabart, S.; Carrancho Herrero, M. T. (dir.): *Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Reus S.A.
- OLIVARES GALLARDO, A. (2014): *Libre mercado y regulación: la experiencia en el sector eléctrico español*. Revista Chilena de Derecho, vol. 41, nº 1, 205-228.
- REBOLLO PUIG, M. (2015): *La actividad administrativa*, epígrafe III a V, en Rebollo Puig, M.; Vera Jurado, D. (dir.): *Derecho administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales. Fuentes y organización*. Madrid: Technos.
- SALA ATIENZA, P. (2019): *Una explicación ante la complejidad del sector eléctrico y su actualidad*, en de la Cruz Ferrer, J.; Santa Brígida, I. Z.: *Energía y Derecho ante la transición energética*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SILVA ARDANUY, F. (2014): *Pobreza energética en España. Alcance y protección constitucional*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- VELÁZQUEZ LEÓN, S. (2021): *El Nord Stream 2, la política energética rusa frente a Europa y las alternativas para la UE*. Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos bie3, nº 24, 2021, 890-903.

CULTURA JURÍDICA EN COLOMBIA: INTERACCIONES CON LA EDUCACIÓN, LA HISTORIA Y LA SOCIEDAD DEL PAÍS

Legal culture in Colombia: Interactions with education, history and the country's society

Recibido: 7 de junio de 2023

Aceptado: 7 de julio de 2023

Pedro Aníbal Delgado Rodríguez
Doctor en Ciencias Jurídicas. Investigador.
anibaldelgadorodriguez@gmail.com
Universidad de Granada

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez
Doctora en Ciencias Sociales. Docente investigadora
nidiancontreras@gmail.com
Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga
Colombia

RESUMEN

El propósito de este artículo se centra en hacer un estudio de carácter histórico con el fin de describir el contexto sociocultural en que se desarrolló la educación jurídica superior en Colombia y sus principales características. Para ello, se usaron herramientas metodológicas como la revisión documental y los métodos descriptivo y sintético. Los principales resultados obtenidos giran en torno a la identificación de la excepcionalidad, el formalismo y la hibridez como las principales características de la cultura jurídica colombiana. Asimismo, se concluyó que la cultura jurídica y la educación jurídica estuvieron influidas en gran medida por tradiciones académicas e instituciones fundadas durante la época colonial, lo cual, tuvo un impacto en su desarrollo posterior.

PALABRAS CLAVE

educación jurídica, cultura jurídica, contexto sociocultural, historia, Colombia.

ABSTRACT

The purpose of this article is focused on making a study historical nature in order to describing the sociocultural context in which higher legal education was developed in Colombia and its main characteristics. To do so, methodological tools such as documentary review and descriptive and synthetic methods were used. The main results obtained revolve around the identification of exceptionality, formalism and hybridity as the main characteristics of the Colombian legal culture. Likewise, it was concluded that legal culture was largely influenced by academic traditions and institutions founded during the colonial era, which had an impact on their subsequent educational development.

KEYWORDS

legal education, legal culture, sociocultural context, history, Colombia.



Sumario: 1. Introducción. 2. La cultura jurídica de Colombia: antecedentes históricos. 2.1. El concepto de cultura jurídica. 2.2. Del período de la colonia al nuevo Estado de Colombia. 2.3. La segunda década del s. XX: Un punto de inflexión en la cultura y en la educación jurídica de Colombia. 3. La Cultura Jurídica Colombiana: La excepcionalidad, el formalismo y la hibridez como características principales. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción.

Este artículo presenta una revisión histórica del proceso de construcción de la identidad, la cultura y la educación jurídica en Colombia, una nación con características particulares, producto de fenómenos políticos, sociales, económicos y culturales, que han influido en la consolidación de las mismas. Este recorrido tiene como propósito mostrar el proceso de la educación colombiana en cuanto a la formación jurídica se refiere.

Históricamente en Colombia, los juristas han estado ligados al país desde su independencia, tanto es así que se cree que Simón Bolívar diferenciaba los territorios de la Nueva Granada diciendo que: “Venezuela era tierra de militares; Ecuador de curas y Colombia tierra de abogados” (García y Ceballos, 2019, p.15). No resulta infundado sostener que los juristas han jugado un papel determinante en la consolidación de lo que en la actualidad se conoce como la República de Colombia y de su actual cultura jurídica.

Los profesionales del derecho han sido actores determinantes en la consolidación del proyecto de independencia y en la posterior consolidación de la República, e inclusive en los recientes procesos de paz que se han desarrollado, incluido el proceso de desmovilización de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

En estos eventos los profesionales del derecho figuran como actores fundamentales que aportaron elementos esenciales al debate sobre la paz, pasando por la reforma constitucional de 1936 y sus discusiones sobre la función social de la propiedad, y el Frente Nacional, con su andamiaje constitucional de convivencia entre partidos, por citar algunos de entre otros muchos acontecimientos de la vida nacional (García y Ceballos, 2019, p.15).

Con el fin de alcanzar el objetivo de este artículo, es decir, describir el contexto sociocultural en que se desarrolla la educación jurídica superior en Colombia y dar respuesta a la pregunta: ¿Qué contexto sociocultural rodeó el desarrollo de la educación jurídica superior en Colombia?, se planteó una investigación con enfoque de tipo cualitativo orientado a lograr una mayor comprensión de las experiencias y significados propios de los individuos en un contexto particular (Hernández, Fernández y Baptista, 2014).

Además, y con el fin de recopilar, e interpretar las fuentes documentales utilizadas para el desarrollo del estudio, se aplicó un método de carácter analítico-sintético. Así, de un lado, el método analítico permitió identificar las fuentes pertinentes que proveyeran los datos necesarios, pues como lo menciona Delgado (2010): “El método analítico es el heurístico, palabra que proviene del término griego *heurisko* que quiere decir yo busco, descubro, y que es el método que se usa para encontrar lo nuevo, lo que se desconoce” (p. 11). Por otra parte, el método sintético actuó como herramienta de interpretación de la realidad captada a través de la revisión y recopilación documental previa. Por lo tanto, este método de síntesis posee un carácter hermenéutico: “Palabra que proviene del término griego *hermeneuo*, que quiere decir yo explico y que consiste en el arte y teoría de la interpretación, que tiene como fin aclarar el sentido del texto partiendo de sus bases objetivas” (Delgado G., 2010, p.11).

El proceso de revisión documental consistió en la lectura crítica, analítica y sistemática de los documentos recopilados, sobre el tema objeto de estudio, relacionados con los hechos

históricos, culturales y sociales que influyeron en la configuración de la educación jurídica superior en Colombia y en las adecuaciones e innovaciones que se han ido incorporando a lo largo del tiempo en las mismas. La revisión documental se caracteriza por ser “Un proceso sistemático y riguroso de identificación, localización y evaluación crítica de literatura relevante existente sobre un tema en particular” (Cooper, 1998). La muestra de documentos estuvo constituida por: artículos científicos, libros de doctrina, leyes, decretos y otros documentos producto de investigación relacionados con el desarrollo de la cultura jurídica y la formación jurídica en Colombia.

2. La cultura jurídica de Colombia: antecedentes históricos.

Este apartado se propone realizar un breve repaso histórico de los elementos que resultaron esenciales para el proceso de consolidación del estado colombiano tal y como se conoce actualmente. Empezando por explicar el concepto de cultura jurídica, para luego hacer una breve reseña desde el periodo de la colonia hasta nuevo estado colombiano, para finalmente entrar a describir el periodo de la segunda década del siglo XX y su impacto en la cultura y la educación jurídica.

2.1. El concepto de cultura jurídica.

El concepto de cultura jurídica se desarrolló a partir de una categoría que permite comprender el derecho como fenómeno social, cuyas valoraciones, creencias y actitudes sociales determinaron la forma de relación de los particulares con la ley y con lo público. Asimismo, se refiere a la comprensión compartida y los valores asociados con el derecho y el sistema legal en una sociedad. Incluye la percepción popular sobre la justicia, la importancia del derecho y la autoridad de las leyes, así como también las normas sociales y las prácticas que influyen en la aplicación y el cumplimiento del derecho.

A partir de la década de los años setenta del siglo XX, comenzó a consolidarse y a configurarse el concepto de cultura jurídica, siendo Lawrence Friedman el que la definió como una actitud hacia el derecho, que pueden presentar tanto los operadores jurídicos como los particulares, la cual constituyó un componente del derecho junto con el institucional y el normativo. Ulteriormente, David Nelken, la redefinió como un conjunto de patrones de comportamiento y actitudes relacionados con la legalidad y las instituciones, como los valores, aspiraciones y percepciones ante al derecho. De igual manera, señala Nelken, que existe la posibilidad de que se presenten implicaciones de carácter político y la relación de la ley puede ser entendida y adecuada a cada realidad y a cada entorno de su aplicación (Friedman y Nelken, citados por Mápura, 2019, p.19).

En gran medida, la comprensión del concepto de cultura jurídica depende de la noción que logre identificarla, considerado este a su vez desde una perspectiva teórica del derecho. En efecto, las nociones de cultura y derecho poseen, según lo señala José Ramón Narváez, como pilar común los fenómenos sociales que se debaten entre la imposición de factores reales de poder y el descubrimiento social, entre lo artificial y lo natural (Narváez, 2010, p. 7).

En este sentido, resulta importante contextualizar rasgos históricos de la actitud de las naciones latinoamericanas frente al derecho, actitud que en su gran mayoría ha sido particularmente ambivalente. Existiendo, por una parte, la premisa de que el destino de la sociedad se encuentra ligado a decisiones legales determinantes, sin las que la sociedad estaría condenada a sumirse en una situación de anarquía y de caos.

En segundo lugar, existe un fuerte sentimiento de independencia frente al derecho, situación que puede tomar la forma de la rebeldía y justifica el hecho de emprender acciones que se encuentren por fuera del orden jurídico. De este modo, el derecho en Latinoamérica puede ser apreciado como un instrumento de dominación de clases, y en contraposición como, una fórmula para la revolución social (Mápura, 2013, p.60).

No obstante, esta disposición frecuentemente evocada no deja de ser eso, una simple evocación, pues pasa por alto un análisis profundo y necesario de las raíces de la cultura jurídica latinoamericana, para lo que habría que retrotraerse a tiempos coloniales, particularmente a la transición hacia la independencia. Durante este periodo calaron los idearios revolucionarios de finales del siglo XVIII, que provenían de Europa y Estados Unidos, y que se amalgamaron con la cultura jurídica española.

2.2. Del período de la colonia al nuevo Estado de Colombia.

En el caso colombiano, en lo que a la cultura jurídica de los juristas respecta, se acepta que una dogmática jurídica formalista representa un factor muy influyente en sus ideas, valores y prácticas en torno al derecho, siendo estimada como uno de los paradigmas fundamentales en los círculos académicos y en los procesos de formación de los juristas en el país. Sin embargo, no hay unanimidad en la conceptualización respecto a este fenómeno de la cultura jurídica, cómo se interrelaciona con él la formación jurídica o cómo se manifiesta diferentemente -y si lo hace así- entre juristas y particulares. Sin embargo, se encuentran recopilaciones de los rasgos más característicamente persistentes en el sistema jurídico-político colombiano, entre los que están el incumplimiento de las normas, la excepcionalidad y el formalismo.

Asimismo, es necesario tener en cuenta que la producción de carácter académico en el país ha estado sujeta directamente a procesos propios de su realidad jurídica, los cuales exceden el contexto académico y los paradigmas propios de la ciencia jurídica. A este respecto, la construcción de la teoría jurídica ha girado en torno a una dogmática jurídica que favorece la consolidación de dos aspectos que trascienden lo estrictamente jurídico normativo: en primer lugar, la consolidación de un discurso modernizador utilizado por los gobiernos liberales desde la década del treinta del siglo pasado, que legitima las actuaciones del estado y, en segundo lugar, el afianzamiento de las elites jurídicas serviles a este mismo discurso modernizador que no parece ilustrar la cultura jurídica colombiana.

Lo anterior, puede ser explicado a partir de dos razones: por un lado, pese a que de algún modo se reconocen los nexos existentes entre la teoría jurídica y la cultura jurídica, esta última no puede describirse a partir de paradigmas teóricos, sino que por el contrario, debe ser descrita a partir de determinados comportamientos o características persistentes en el sistema jurídico-político como los señalados anteriormente (el incumplimiento de normas, el formalismo, y la excepcionalidad legal-constitucional).

Por otra parte, pese a que la validez se consolida como problema fundamental dentro del positivismo jurídico normativista, el cual podría dar identidad a la teoría jurídica, la recepción de las ideas de uno de sus mayores exponentes, como lo fue Kelsen, en Colombia se han caracterizado por ser interpretaciones híbridas inspiradas en las necesidades y/o intereses de los teóricos locales (Mápura, 2013, p. 34).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se intentará exponer, cómo se logra cimentar la cultura jurídica en Colombia donde el incumplimiento, el formalismo y la excepcionalidad se presentan como elementos persistentes.

Históricamente, se ha determinado que los primeros juristas arribaron a la Nueva Granada¹ con los conquistadores; incluso algunos de ellos lo eran como fue el caso de Gonzalo Jiménez de Quesada². El ejercicio de la profesión jurídica se dio inicialmente en la ciudad de Cartagena de Indias debido en gran medida al auge de los negocios transatlánticos. Posteriormente, a lo largo del siglo XVII, comunidades religiosas recibieron la autorización para fundar universidades y fueron estas precisamente las que tuvieron el privilegio de expedir títulos en Filosofía y Derecho, estos estudios podían tomarse en ciudades como Popayán, Tunja o Cartagena, sin embargo, estas no tenían la facultad para otorgar los diplomas, motivo por el cual los estudiantes debían trasladarse a la ciudad de Bogotá para tomar allí los cursos correspondientes y además, superar una serie de exámenes para poder optar al título de bachiller en filosofía, bachiller en jurisprudencia, licenciado y doctor en teología y derecho (Goyes, 2008, p.34).

Esta etapa estuvo marcada por los vínculos entre los estudios sacerdotales con los estudios jurídicos. El plan curricular estaba compuesto por tres etapas: la primera dedicada durante los primeros tres años a la enseñanza del latín y la filosofía católica; seguidamente se dedicaban dos años más, para impartir cursos de teología especulativa, teología moral y doctrina sagrada, luego se obtenía el título de bachiller en filosofía; después se impartían dos años de derecho canónico donde se utilizaban como material de estudio las decretales del Papa Gregorio XI. Adicionalmente, se tomaba un curso de derecho civil para obtener el diploma de doctor en derecho. Finalmente, era necesario realizar dos años de práctica junto a un abogado lo que permitía acceder como miembro de la Real Audiencia³ (Goyes, 2008, p.34).

La metodología de enseñanza se concentró principalmente en la lectura de textos por parte del docente, de manera lenta, acompañada de una explicación con sus respectivos comentarios dando pie a una posterior discusión, aunque era el profesor el encargado de elaborar la *determinatio*, lo cual consistía en decidir las conclusiones. Por lo tanto, enseñanza-aprendizaje no eran el resultado de un proceso de disertación, por el contrario, eran previamente establecidas con la intención de reproducir los dogmas y verdades preexistentes. El papel de la memoria en la formación también fue determinante, pues se consideró que recitar los textos en latín expresaba un profundo conocimiento del derecho. No obstante, en varias oportunidades los planes de estudios junto con las metodologías fueron puestas en tela de juicio por el aumento excesivo de juristas, por su preparación escasa o por el espíritu subversivo de los estudiantes (Goyes, 2008, p. 35).

Posteriormente, vinieron atisbos modernizadores promovidos por los Borbones, con un ideario ilustrado, orientado a la garantía del centralismo político, la reforma educativa y una nueva organización de las finanzas públicas. El objetivo principal estuvo orientado a la organización de la universidad pública y de este modo, eliminar el monopolio ejercido por los dominicos, pese a estas iniciativas, se aprobó la fundación de instituciones con una visión fuertemente religiosa en las que se incluyen el Colegio San Bartolomé y el Colegio del

¹ Fue la denominación otorgada a una entidad territorial, integrante del Imperio español, establecida por la Corona durante su periodo de dominio americano. Estuvo ubicada al norte de Suramérica, lo que hoy conocemos como la República de Colombia principalmente. Estuvo bajo la jurisdicción de la Audiencia real de Santafé de Bogotá (1550-1717) y posteriormente correspondiente al Virreinato de Nueva Granada (1717-1819) cuya sede fue Santafé de Bogotá (Mc Farlane, 2002).

² Conquistador del territorio al que llamó Nuevo Reino de Granada, que en la actualidad se conoce como la República de Colombia. Estudió en la Universidad de Salamanca la licenciatura de Derecho.

³ Fue el más alto Tribunal de la Corona española en el territorio del Nuevo Reino de Granada, su territorio jurisdiccional perteneció administrativamente a al virreinato del Perú (Gil, 1938).

Rosario. Si bien surgieron otros intentos por transformar la formación jurídica, durante la etapa colonial se conservó la fidelidad al método escolástico que se había interiorizado en la cultura individual y colectiva, la cual no pudo ser desplazada ni por los intentos reformadores ilustrados, ni por los gritos libertarios (Gaitán, 2002, pp.58- 63).

Con el inicio del proceso de independencia y posterior surgimiento de la República de Colombia (1810) la reforma a la formación jurídica estuvo entre las prioridades. Algunas de las reformas que se dieron corresponden a la modificación del periodo de duración de los estudios que de 5 años se redujo a 4 años, al igual que el periodo de duración de las prácticas pasando de 4 años, únicamente a 2 años. Más adelante, en el año 1923, se estableció que en las cátedras de Derecho Público o Civil Patrio (cátedras que fueron implementadas mediante el decreto 20 expedido en enero de 1824) se debía explicar la Constitución vigente. Para ese momento estaba vigente la Carta Política conocida como Constitución de Cúcuta, texto constitucional que había surgido como resultado del Congreso de Cúcuta que tuvo como sede al municipio norte santandereano de Villa del Rosario.

Este estado que floreció como república procuró mantener el control sobre la educación jurídica, dada la incidencia del conocimiento jurídico, sus métodos y sus conceptos en la conformación del nuevo estado y la vida de la sociedad. En este sentido, los criollos retomaron el modelo borbónico de control de la universidad por parte del Estado, inspirado en el modelo napoleónico, el cual tenía como objetivo fundamental formar “buenos” ciudadanos y construir la nueva nación. Este modelo napoleónico también fue aplicado en la reforma del Presidente Francisco de Paula Santander⁴ en 1826.

En cuanto a los planes de estudio la reforma estuvo encaminada en su mayoría a proscribir el modelo dogmático de la formación, la retórica artificiosa y la confusión discursiva, esto con la intención de establecer en su lugar un modelo más racionalista, acorde con las corrientes innovadoras y modernas que estaban en apogeo en Europa. Además, a través de la Ley 18 de marzo de 1826 se reguló detalladamente la enseñanza en las facultades de jurisprudencia. En esta norma se dispuso que “Quien aspirase a matricularse en ellas debía haber estudiado y aprobado previamente cursos de gramática castellana, latín, matemáticas físicas, lógica y metafísica, moral y derecho natural” (Gaitán, 2002, p. 51).

Cabe destacar que los textos de Jeremy Bentham fueron considerados de estudio obligatorio en los Planes Curriculares para la enseñanza de los principios de Legislación Penal y Civil. No obstante, las obras de Bentham generaron recelo y críticas en los sectores más tradicionalistas debido a sus posturas liberales, “lo que provocó que en 1928 se diera la primera reforma normativa de los estudios de derecho y se ordenara además a la Dirección Nacional de Estudios que trajese de Europa una obra de principios de legislación que fuese ajena a los “defectos de los de Bentham” (Gaitán, 2002, pp.58-64).

Algunos círculos académicos deseaban que los programas de derecho aportaran dos cosas esencialmente; en primer lugar, la construcción de la nación colombiana y, por otra parte, la reproducción de nuevos imaginarios jurídico-políticos concordantes con los principios de legalidad, progreso, igualdad y utilidad en toda la geografía nacional, situación que no fue posible materializar debido a las fuertes tradiciones, a razones estructurales y a la multiplicidad de intereses que existían.

⁴ Fue un militar y político colombiano, célebre por su participación en el proceso de independencia luchando al lado de varios patriotas junto a Simón Bolívar. Fungiría como presidente en los periodos de 1819 a 1827 y de 1832 a 1837.

En los primeros años de la década de los 40 del siglo XIX se dio paso a un proceso de transición educativa contenido en la Ley del 10 de mayo de 1840, en ella se establecieron las asignaturas que debían ser enseñadas y se derogó la asignación de textos y autores. De igual manera, esta norma autorizó a los docentes la selección de obras de consulta, aunque era esencial que la enseñanza tuviera como precepto fundamental el respeto por las creencias católicas de la mayoría de la población. En estos años la República se encontraba bajo el poder del Partido Conservador, siendo presidente Pedro Alcántara Herrán. Fue entonces cuando se puso en marcha una contrarreforma educativa cuyas características principales fueron: 1) el respeto a las tradiciones religiosas; 2) el fomento de las ciencias útiles y modernas y 3) la compatibilidad entre intervención del Estado y Libertad de enseñanza. En este mismo periodo presidencial se promulgó la Constitución de 1843.

A pesar de estas decisiones, como resistencia a las imposiciones conservadoras, los estudiantes, continuaron leyendo libros prohibidos y permanecieron instruyéndose bajo tendencias filosóficas revolucionarias, hasta la revolución liberal de mediados del siglo XIX. El periodo comprendido entre finales de la década de los 40 y finales de los años 70 del mismo siglo, estuvo caracterizado por una pugna ideológica que dividía posturas entre liberales y conservadores, situación que influyó además en la configuración del sistema educativo.

Los estudios superiores se enfrentaron al dilema sobre la necesidad de expandirse para lograr sustituir la necesidad de personal (en reemplazo de los españoles expulsados) para el funcionariado, por un lado, la restricción por parte de las elites de acceder a las profesiones prestigiosas con la intención de promover la educación en áreas que fueran consideradas útiles y por el otro. Sin embargo, la iniciativa de promover el crecimiento de la educación en áreas que fueron consideradas importantes para el desarrollo promovida desde las elites políticas y económicas de la joven república no tuvo mucho acogida, por lo menos a lo largo de la primera mitad del siglo XIX, pues las profesiones consideradas tradicionales seguían teniendo un gran peso en la cultura, y también permitían facilitaban acceder a los empleos públicos (Vargas, 2014, p.36-40).

Tras una serie de discrepancias ideológicas que culminaron en guerras civiles, en 1863 se promulgó una nueva Constitución que concluyó en un proyecto federativo denominado Estados Unidos de Colombia. Un hecho a destacar es que, del preámbulo del texto constitucional desapareció el nombre de Dios, invocando en cambio la autorización y el nombre del pueblo, así mismo, se otorgó reconocimiento de autonomía para las regiones, la libertad individual, la inviolabilidad de la vida humana, la propiedad, la libertad de prensa sin ninguna restricción y la libertad de pensamiento, entre otros derechos y libertades. Durante los tres periodos presidenciales siguientes, los dirigentes lograron generar un ambiente de fraternidad política con el objetivo consolidar un Estado-Nación, tanto así que líderes conservadores como Manuel María Mallarino y el Arzobispo de Bogotá Juan Vicente Joaquín Arbeláez Gómez se vincularon al proyecto educativo. Durante esta etapa, se inició el proceso de homogenización y diversificación normativa, mediante la elaboración de los códigos civil, judicial, penal, fiscal, militar y electoral, para lo cual se designó una comisión integrada por juristas de ambas orillas políticas. Por parte de los conservadores participaron Mariano Pastor Ospina y Manuel Pombo y por el ala liberal, José María Rivas y Justo Arosemena. Aunque no fue hasta después de 11 años que esta iniciativa dio sus frutos (Goyes, 2008, p.71-72).

Más adelante resultó revolucionario la supresión de la asignatura de Derecho canónico y de las instituciones eclesiásticas de los programas curriculares en la educación jurídica. Estas diferencias se trasladaron a la política y las luchas por el control del poder, en las cuales la

Iglesia católica tomó partido, para conservar el monopolio del sistema educativo, llegando incluso a estigmatizar a los miembros del partido liberal, responsabilizándolos del malestar económico que atravesaba el país y de la incertidumbre que habían generado las reformas liberales.

Esta situación alcanzó su punto álgido en una confrontación conocida como la Guerra de las Escuelas (1876-1877). La discrepancia no se quedó en el contexto académico, sino que se trasladó al ámbito de las armas, el resultado fue el fracaso del proyecto liberal de reforma educativa y el triunfo de los conservadores y la Iglesia (Sastoque y García, 2010, p.193-197).

La llegada de Rafael Núñez a la presidencia durante el periodo comprendido entre 1884-1886 (cargo que ya había ostentado entre los años 1880-1882) supondría un momento coyuntural pues se dio apoyo a liberales independientes y también a conservadores. Se inició un programa inspirado por una política de “paz científica” que buscaba garantizar la convivencia entre nuevos burgueses y conservadores aburguesados en el que se intentó excluir los partidismos y las luchas de poder. Del mismo modo, se levantaron algunas penas de destierros que habían sido propiciadas a obispos, lo que ocasionó que la iglesia católica volviera a tomar partido como actor relevante en el ámbito educativo (Sastoque y García, 2010, p.196).

Sin embargo, el ascenso al poder de Núñez por segunda vez trajo consigo la una serie de enfrentamientos entre liberales de corte radical que a su vez dio origen a la creación de la Constitución de 1886, derogando la Constitución de 1863 conocida como la Constitución de Rionegro y llamada así en honor al municipio del mismo nombre, ubicado en lo que hoy se conoce como departamento de Antioquia.

Este nuevo texto constitucional consagró un modelo de estado unitario y confesional, trazando un marco ideológico primordialmente conservador en el sector educativo, que involucró a las facultades de derecho. La enseñanza del derecho se alineó de manera estricta con los postulados constitucionales, los cuales representaron para la educación jurídica la imposición de la religión católica como religión oficial de la nación y una visión del derecho como el garante del desarrollo de la república naciente. Su redacción estuvo a cargo principalmente del político conservador Miguel Antonio Caro.

Desde la aprobación de la nueva constitución (1886) inició un ciclo histórico que se conoció como la Regeneración debido a la trascendencia que tuvieron las propuestas en el proceso de formación de la nación y en el ámbito político, cambios incluidos fundamentalmente en la norma constitucional de 1886.

El periodo comprendido entre 1886 y 1904 estuvo regido por gobiernos conservadores, cuyo proyecto político se caracterizó por un excesivo centralismo y una imposición ideológica que, desde todas las perspectivas, era excluyente e incompatible con las realidades multiétnicas y pluriculturales de Colombia.

Durante la presidencia de Rafael Reyes en 1904 se dio inicio a una nueva etapa de hegemonía conservadora, en la que, en temas educativos, como hecho importante, se rescató la Ley 39 de 1903, mediante la cual se diseñó un programa de educación técnica opuesto a la propuesta colonial vigente hasta ese momento, pese a que ya se había gestado el proceso de independencia. El nuevo proyecto fue importante por la finalidad de fijar metas económicas sin descuidar la moral. Fue por eso que trabajaron convencidos de que el crecimiento económico y la industrialización eran inevitables y por lo tanto la reforma educativa debía conducir al país a lograr tales fines. Sobre esta norma se edificó la política educativa de los gobiernos conservadores. En este sentido, el entonces presidente Reyes,

calificó como poco conveniente otorgar demasiada importancia a los estudios de jurisprudencia y medicina, ya que consideró iría en detrimento de la minería, la agronomía, la ingeniería y el comercio, percibidas entonces como titulaciones más ajustadas a los nuevos fines económicos mencionados. En su periodo de gobierno se consolidó el desarrollo técnico bajo el lema “menos política y más administración”, poniendo en marcha un plan para fortalecer las finanzas públicas, controlando la emisión y racionalizando el endeudamiento. Sin embargo, este periodo es considerado como una dictadura debido a que uno de los primeros actos de su gobierno consistió cerrar el Congreso de la República, subvirtiendo el orden constitucional y gobernando con una Asamblea Constituyente, al margen de la fórmula liberal de la separación y equilibrio de poderes (Goyes, 2008, pp.136-137).

Tras finalizar este periodo dictatorial se sentaron las bases para una reorganización republicana, llegando un periodo en el que destacó el reconocimiento de los derechos civiles como límite a las leyes, la representación política a través de diferentes actores, la reforma al sistema electoral, la abolición de la pena de muerte, el periodo presidencial de cuatro años sin reelección inmediata y el control constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Más adelante, de 1910 a 1922, fueron presidentes Carlos E. Restrepo, José Vicente Concha y Marco Fidel Suárez, en esta etapa el país logró una estabilidad económica y la tranquilidad de la ciudadanía. En el gobierno de Concha (1914-1918) se promulgaron dos reformas constitucionales significativas, quizás las más trascendentales en lo que a la profesión jurídica respecta, durante la primera mitad del siglo XX. En primer lugar, se creó el Consejo de Estado a través del Acto Reformatorio 10 de septiembre de 1914, como órgano consultivo del gobierno, y en segundo lugar, se promulgó el Acto Legislativo 1 de 1918 que consagró la libertad de profesionales con algunas salvedades en la que se enuncia: “Toda persona podrá abrazar cualquier oficio y ocupación honesta sin necesidad de pertenecer al gremio de maestro o doctores [...] La ley podrá [...] exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares y de la de abogado” (Acto legislativo 01, 1918).

Posteriormente, asumió la presidencia Pedro Nel Ospina (1922-1926), quien conquistó el reconocimiento de los sectores políticos, gracias a la gran ayuda de Agustín Nieto Caballero; este escritor, educador, psicólogo, filósofo y jurista colombiano que abogó por una reforma sustancial del modelo de sistema educativo, inspirado en los presupuestos de la Escuela Nueva. El elemento principal en el que radicó el cambio fue en la propuesta de sustituir el método dogmático por un método experimental, y aunque no arrojó los resultados esperados sí dio paso a una discusión que sustentó las transformaciones que después fueron impulsadas por el gobierno liberal de Miguel Abadía Méndez.

Con el ascenso al poder de Abadía Méndez (1926-1930), terminó la hegemonía conservadora y, además, el sector obrero asumió un papel protagónico en el desarrollo social y económico del país. En este periodo ocurrió uno de los eventos más tristes y recordados por la sociedad colombiana por el impacto que causó. En 1924 los trabajadores de la *Tropical Oil Company* se declararon en huelga y el acuerdo que se suscribió con la empresa implicó el despido de 1.200 trabajadores. Luego en 1927 estalló la segunda huelga y recuperar la paz laboral costó la vida de dos obreros y unos cuantos heridos. Finalmente, en 1928 los trabajadores de la *United Fruit Company*, votaron la huelga y esta rebeldía fue sometida a sangre y fuego. Entre el 5 y el 6 de diciembre de 1928, en el municipio de Ciénaga (Magdalena), el gobierno del Presidente Miguel Abadía Méndez decidió poner fin a la huelga, que tuvo una duración aproximada de un mes, con la que el sindicato pretendía que fueran garantizadas las mejoras a sus condiciones laborales. Estos acontecimientos marcarían el fin de la hegemonía conservadora (Díaz, 2019, p.40).

2.3. La segunda década del siglo XX: Un punto de inflexión en la cultura y en la educación jurídica de Colombia.

En la segunda mitad del siglo XX se dio inicio al proceso de modernización en la enseñanza del derecho, este proceso se expandió a lo largo de la América Latina. Dos generaciones desde la óptica propia del derecho componen este proceso, pues constituyeron reformas importantes a las instituciones jurídicas vigentes en el país, y además se incluyó una reforma judicial. Sin embargo, la finalidad de estas generaciones de carácter modernizador tenía intenciones diferentes. La primera generación comprendida entre la década de los 60 y los 80, cuyo principal propósito estuvo orientado a realizar un tipo de trasplante jurídico proveniente del modelo educativo de educación en las facultades de derecho en los Estados Unidos para que fueran implantados en el país. El propósito principal era cambiar el paradigma del sistema de reglas, lo que implicaba modificar la forma en la que se impartía la enseñanza jurídica en los países latinoamericanos reemplazándola por el modelo estadounidense e incluyendo sus valores.

Para lograr el objetivo, agencias gubernamentales e instituciones privadas norteamericanas financiaban el inicio de los estudios y las propuestas con el objeto de llevar el desarrollo al denominado “tercer mundo”, entre las principales instituciones estaban la Fundación Ford y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional conocida por sus siglas en inglés como USAID. Incluso algunas iniciativas lograron recibir el respaldo de prestigiosas universidades como: Wisconsin, Stanford, Harvard, Nueva York, Columbia o Yale, y de fundaciones como la *American Bar Foundation* o el *International Legal Center* (Gardner, 1980, p.62).

Por su parte, muchos profesionales y académicos estudiosos del derecho iniciaron un trabajo que los llevó a establecer vínculos directos entre el derecho contemporáneo y el desarrollo social; aunque es importante señalar que este fundamento teórico no era nuevo, sentaba sus bases en la teoría weberiana de las aportaciones del derecho, como exponente de la racionalidad, en la consolidación de la sociedad capitalista moderna y, en este sentido, hacen parte de la teoría general de la modernización. Al respecto resulta importante señalar que esta concepción del derecho como elemento del desarrollo social contrasta con el ideario del derecho en las generaciones que surgieron con posterioridad (Delgado, 2020, p.86).

Ahora bien, la iniciativa de ejecutar “trasplantes jurídicos” estuvo acompañada también de la transferencia del método socrático, sumado al análisis de casos, método utilizado habitualmente en las facultades de derecho estadounidenses; y que se buscaba implementar en universidades latinoamericanas que hicieran parte de la iniciativa, la cual sustituiría al método prevalente en América Latina caracterizado por el predominio de la lección magistral y el seguimiento pasivo del estudiante.

Esta iniciativa tuvo como finalidad la promoción de un modelo de jurista como ingeniero social, capaz de usar su conocimiento de forma creativa para solucionar los problemas de su entorno. No obstante, este proyecto no tuvo la aceptación que pretendió, pues los elementos no fueron acogidos por las instituciones universitarias que participaron ni tampoco por la comunidad académica y científica. Así pues, la enseñanza del derecho continuó con el predominio de la lección magistral y el estudio memorístico de los códigos, tal como ocurre en la actualidad (Rodríguez, 2006, p.8).

La segunda generación, por su parte, inició a finales de los años 80 y en cierto modo aún se conserva vigente, sentó sus bases en una concepción evidentemente económica. Su origen coincidió con el aumento en la confianza en el sistema político-económico de los Estados Unidos, sumado al temor reinante a la expansión del comunismo y al esparcimiento del

modelo que llegó junto a la revolución cubana. En este momento histórico se produjeron dos hechos importantes y conexos entre sí: en primer lugar, la caída del telón de hacer, que implicó una mayor confianza en torno a las virtudes del capitalismo liberal y la democracia.

En segundo lugar, las regiones periféricas, incluida América Latina, se vieron fuertemente influidas, especialmente en las décadas de los 80 y 90 del siglo XX por las políticas económicas de los Estados Unidos, lo que supuso una transición orientada hacia el denominado modelo neoliberal, y constituyó el punto de partida para la implementación de ambiciosos programas de reestructuración inspirados en las virtudes de la desregularización del mercado (Rodríguez, 2006, p.17).

De igual modo, organismos como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo promovieron cambios durante los años 90, que contenían una visión de fortalecimiento institucional, aunque sus intereses primordiales fueron especialmente económicos. Esta circunstancia, unida a una crisis política no resuelta iniciada desde el régimen político bipartidista instaurado por el Frente Nacional (1958-1974), fueron determinantes para que en Colombia se convocara una Asamblea Nacional Constituyente, con el objetivo de reemplazar la centenaria Constitución de 1886, lo que dio como resultado la Constitución de 1991.

Esta etapa fue coyuntural en la historia político-jurídica colombiana estuvo marcada por la clara intención del gobierno de los Estados Unidos por cofinanciar el fortalecimiento de las instituciones que hacían parte de su aparato judicial. Uno de los elementos más importantes fue el apoyo del gobierno norteamericano para que Colombia transitara de un sistema penal inquisitivo a un sistema penal acusatorio, con esta transición, además, se otorgó mayor protagonismo dentro del proceso judicial a la Fiscalía General de la Nación (Rodríguez, 2006, p.17).

Por su parte, la educación jurídica experimentó desde los años 90 un fuerte incremento, pasando de tener 38 programas de derecho en el país en 1993 a 192 programas en 2018, lo que equivale en promedio a la apertura de más de tres nuevos pregrados cada semestre. Esto se debió en buena medida, al esquema desregulatorio que se estableció en la Ley 30 de 1992 (García y Ceballos, 2019, p.17).

No obstante, algunos estudios realizados recientemente sobre la educación jurídica han desvelado una serie de falencias presentadas en la gran mayoría de instituciones universitarias tanto, de carácter público como privado, entre las que se incluyen la ausencia de una reglamentación legal en la enseñanza del derecho, la falta de control en la creación y funcionamiento de las facultades de derecho y el excesivo número de facultades (Monroy, 1999, p.166).

Es importante señalar que con la expedición de la Ley 30 de 1992, (norma que organiza el servicio público de la educación superior) se inician una serie de cambios trascendentales, de los cuales dos pueden ser considerados los de mayor importancia. Por un lado, la aprobación de esa ley, supuso el desarrollo del principio de autonomía universitaria, ya previsto por la Constitución de 1991, en su artículo 69. La Ley 30 de 1992, estableció, además, la autonomía curricular de los programas universitarios, limitando al mínimo la intervención por parte del Estado en estos temas. No obstante, esta decisión se consideró demasiado radical, pues supuso la eliminación de competencias atribuidas a entidades gubernamentales en relación con el control administrativo y académico de las instituciones universitarias, promoviendo en su lugar la autorregulación institucional por parte de las propias instituciones. Una de las repercusiones más relevantes de esta desregulación fue el

crecimiento desproporcionado de los programas universitarios, que trajeron a la par problemas de calidad en la oferta y en la equidad en el acceso a la educación superior.

De otro lado, en 2001, la aprobación de una serie de decretos sobre estándares de calidad de la educación superior, supuso entre otros cambios, la inclusión del Registro Calificado obligatorio, el cual consiste en un mecanismo, administrado por el Ministerio de Educación Nacional, que sirve para verificar y asegurar las condiciones de calidad en los programas académicos de educación superior, dichas condiciones se encuentran reguladas por Ley 1188 del 25 abril 2008 y el Decreto 1075 de 2015. Estas normas disponen criterios y niveles específicos de calidad que incluyen, las características académicas, los recursos físicos y humanos disponibles, la pertinencia social y profesional del programa que se oferta. Sin embargo, la medida no cumplió su cometido, pues pese a que las exigencias para la creación de programas universitarios se endurecieron, no se logró detener el incremento de los pregrados en derecho, sobre todo en el sector privado, que pasaron de representar el 45 % de la oferta en 1949 al 80 % en 2007 (Salamanca, 2010, p.113).

3. La excepcionalidad, el formalismo y la hibridez como características principales de la cultura jurídica colombiana.

Evidentemente, una gran variedad de elementos históricos, sociales, económicos y políticos forman parte de la consolidación del concepto de cultura jurídica en un espacio particular. En este apartado, se intenta abordar la cultura jurídica colombiana a partir de la excepcionalidad, el formalismo y la hibridez como características principales pese a otros elementos de diversa índole ya apuntados.

Como lo ha descrito Óscar Mejía Quintana (citado por Mápura, 2013, p.105), la hibridez presente en la sociedad colombiana consiste en una serie de valores dicotómicos, pues sugiere que existe un serio cuestionamiento frente al carácter de la identidad entre un talante conservador y uno progresista sin que se logren trazar fronteras definidas. Así mismo, alude al carácter tradicional de la cultura colombiana y a la tensión no resuelta entre pre-modernidad, modernidad y posmodernidad.

El carácter híbrido de la cultura jurídica del país resulta innegable, pues por medio de este fenómeno se logran explicar los cierres autoritarios del sistema jurídico-político a partir del código de la excepcionalidad mediante el cual el propio Estado introduce excepciones para el cumplimiento de las normas. Se trata, paradójicamente, de una cultura jurídica anti-jurídica, vigorizada desde el incumplimiento y el formalismo reformista (Mápura, 2019, p.12); o, habría que precisar, que estamos en presencia de una cultura jurídica antípoda a la que debiera caracterizar a un Estado de Derecho, fundada en los principios de separación de poderes y el respeto de los derechos fundamentales, en el que además la legalidad es producto de poderes que fungen como una autocracia.

Con el ánimo de explicar esta situación algunos estudios recurren a la que se ha señalado como la segunda característica fundamental de la cultura jurídica, la noción de excepcionalidad. Esto porque mediante esta característica logra describir de manera concreta la cultura jurídica y además porque esta noción junto a la de hibridez pueden ser consideradas como factores determinantes para analizar una posible relación entre derecho y política y de esta forma entre cultura jurídica y cultura política.

Al respecto, García Villegas (2001) describe la cultura jurídica de Colombia en términos de excepcionalidad al considerar que el estado de excepción ha motivado a una cultura jurídica que gravita entre lo posible e imposible, entre lo legal y lo no legal y, través de estas

dinámicas se ha facilitado un salto hacia el no-derecho en el que no solo se ven involucrados los particulares sino también se involucran funcionarios del mismo Estado.

Es importante señalar que la Constitución Política de Colombia establece tres causas para decretar un estado de excepción: por guerra exterior, por conmoción interna y por emergencia, esto con el propósito de diferenciar los escenarios de la normalidad y de la anormalidad, no obstante, haciendo que inclusive este último esté sujeto al imperio de la Constitución. La respuesta que ofrece el ordenamiento a circunstancias de anormalidad es jurídica. Estos tres estados de excepción tienen notas comunes que se ponen en evidencia en los siguientes principios: principio de taxatividad o *numerus clausus* de circunstancias extraordinarias, principio de formalidad, principio de proporcionalidad, y principio democrático. Así entonces, los estados de excepción se definen, por contraste, a partir de la normalidad, y, en términos teleológicos, como dispositivos institucionales para retornar a ella.

Sin duda este tipo de situaciones generan suspicacias sobre la justificación y eficacia misma de las medidas de excepción, que en principio surgen con el claro objetivo de mantener la paz y el orden. Así mismo, ha de tenerse en cuenta el afianzamiento en paralelo de una cultura anti-jurídica, que justifica esa búsqueda estatal y social de metodologías alternativas al derecho orientadas a conseguir objetivos que indiscutiblemente en su gran mayoría se sitúan al margen de la legalidad, pese a brotar de ella. Esto evidencia que la cultura jurídica en Colombia ha sido influenciada por su propia historia violenta que la conecta y justifica, en parte, a la necesidad de garantizar el orden público. Esta situación logra evidenciar la importancia de la fuerza pública en la historia constitucional (García, 2001, p.317). En cualquier caso, la historia del país demuestra que sus Constituciones han tenido escasa y en ocasiones nula aplicación, en beneficio de una permanente utilización de los mecanismos de excepción.

Por lo anterior, resulta importante hacer una revisión del uso de este mecanismo a lo largo de la historia republicana. En la época de la Regeneración (1878-1898), el país estuvo gobernado con una norma “transitoria” durante un periodo de 24 años. Se trató de la Ley 61 de 1888, conocida también como la Ley de los Caballos, esta norma autorizaba al Ejecutivo a reprimir administrativamente “los abusos de prensa” y “los delitos contra el orden público”.

Lo propio ocurrió en el gobierno de Miguel Abadía Méndez (1926-1930) cuando se expidió la Ley Heroica al, finalizar esta década también finalizó la hegemonía conservadora, y se incrementaron las huelgas y movilizaciones obreras. El temor a la expansión de una revolución bolchevique hizo que el gobierno llevara a cabo acciones represivas y que acometiera una ofensiva jurídica contra esas manifestaciones y toda organización política que pudiera catalogarse como “socialista”. Ley Heroica estableció la censura a la prensa y convirtió en delitos las manifestaciones públicas de protesta, así como “provocar o fomentar la abolición o el desconocimiento, por medios subversivos, del derecho de propiedad y la familia” (Cajas, 2020).

De igual forma, el país tuvo que vivir casi de manera permanente bajo un régimen de excepción desde el cierre del congreso en noviembre 1949 durante el periodo presidencial de Mariano Ospina Pérez (1946-1950), hasta la promulgación de la Constitución de 1991 (Delgado, 2022, p. 135).

Durante el mandato de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), quien apelando al estado de sitio decretó el Estatuto de Seguridad en septiembre de 1978, un mes después de que tomara posesión como Presidente. Pocos días después la Corte Suprema de Justicia declaró que el estatuto era “exequible”, lo que se dice de una norma cuando su contenido se ajusta a

la Constitución Política. Este decreto permitió el desarrollo de un poder excepcional propio de una situación de guerra, aunque aplicado a la conmoción interna, al otorgar a las fuerzas militares, entre otras competencias, facultades de policía judicial y de juzgamiento de civiles por consejos de guerra verbales, lo que se hizo con evidente desprecio de principios fundamentales del Estado de Derecho moderno tales como la presunción de inocencia (Jiménez, 2009, pp.83-87).

Este régimen de excepción, que debería ser de duración breve y transitoria, tal como lo establecía la Constitución de 1886 vigente por aquel entonces, terminó por convertirse en una categoría normal y cotidiana; es decir, que la anomalía o excepción se convirtió en la norma o normalidad, lo que tuvo como consecuencia (quizá no imprevista) graves vulneraciones de los derechos de la ciudadanía. Tal como lo señalan de manera precisa García y Uprimny (2005) una situación normal de anormalidad constitucional sin duda ha dirigido un Estado con características singulares, que gravita entre el constitucionalismo democrático y el autoritarismo, y que ha servido para intervenir y controlar los conflictos sucedidos en lo transcurrido de la historia social y política de la nación.

Mediante la promulgación de la Constitución de 1991 el constituyente pretendió limitar en su aplicación temporal y analógica los estados de excepción o conmoción interior, de esta manera evitar los abusos de poder y la vulneración de los derechos humanos. Así mismo, dispuso someterlo a un control por parte de los otros dos poderes, para sortear los abusos del gobierno. Las reformas introducidas para reforzar el principio democrático y los posteriores procesos de paz se percibieron en círculos de militares y de funcionarios del estado (jueces, parlamentarios, policías, e inclusive expresidentes entre otros) como un obstáculo para lograr terminar militarmente con el conflicto, lo que llevó a que las instituciones con competencias sobre el orden público se situasen en las prácticas ilegales.

Asimismo, se deben incluir las determinaciones adoptadas por el expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), quien en su primer mandato expidió el Decreto de Conmoción Interior No. 1837 de 2002, el cual en su parte motiva hizo mención al sometimiento del país por un régimen del terror. El recurrente empleo del estado de excepción en Colombia evidencia la poca capacidad para resolver los conflictos a través del aparato judicial y la preponderancia concedida a la reconstrucción militar de la sociedad, pasando por encima de su reconstrucción civil, en un entorno de constante conflicto.

Sin embargo, uno de los hechos más destacables del mandato Uribe fue la desmovilización de los grupos paramilitares, este “Gobierno propuso el “Proyecto de ley de alternatividad penal”. En el fondo, este proyecto no preveía sanción privativa de la libertad para los paramilitares desmovilizados que cumplieran los requisitos consignados en el proyecto, los cuales no eran especialmente exigentes” (Contreras, 2018, p.182). El proyecto recibió duras críticas por parte de los defensores de derechos humanos y la comunidad internacional por considerar que vulneraba los derechos de las víctimas, ya que, promoviendo la impunidad, finalmente fue sustituido por la denominada Ley de Justicia y Paz.

Finalmente, una nota que contribuye a la definición de la cultura jurídica colombiana es su formalismo, expresión que aquí sirve para hacer referencia a la confianza en las capacidades auto-poieticas del propio sistema jurídico, el cual llevó a cabo sus propias modificaciones, sin tener que recurrir a acciones deliberas que impulsen los cambios legislativos, con un gusto por el ornato y ritualidad procedimental. Este carácter formalista de la cultura jurídica colombiana se evidencia de diversas maneras: desde un uso desmedido de los procedimientos, pasando por la preocupación por el embellecimiento del discurso y

las prácticas jurídicas, hasta llegar a una actitud que puede ser considerada como una veneración de las propias instituciones jurídicas (Mápura, 2019, p.45).

Algunos trabajos publicados, entre los que destacan los elaborados por Cárdenas, Ortiz, Rodríguez, Sánchez, y Jaramillo (2016), Quintero Mosquera (2001) y Mápura (2019), coinciden en afirmar, por una parte, que, si bien por lo general en la mayoría de los países de América Latina la aplicación de las normas jurídicas implica un cierto grado de negociación con aspectos como la cultura y la estructura dominante de poder, en Colombia este supuesto no se cumple, ya que el derecho resulta ser demasiado sofisticado para el entorno social donde se aplica.

En segundo lugar, los cambios y transformaciones sociales se producen al margen del derecho, ya que este apenas consigue modificar las estructuras políticas, los comportamientos culturales, los imaginarios colectivos arraigados socialmente aun cuando mediante las normas jurídicas se ordenen cambios y se confíe en su capacidad transformadora (Mápura, 2019, p.56).

Finalmente, las normas jurídicas quedan restringidas al texto que las recoge y sistemáticamente incumplidas, es decir, inaplicadas, por tanto, ineficaces. Y es que el incumplimiento de las normas jurídicas resulta ser otro de los elementos esenciales de la cultura jurídica colombiana conectado con el de excepcionalidad. Este elemento atraviesa históricamente la conciencia colectiva colombiana, forjando una mentalidad del incumplimiento, procedente de dinámicas colectivas e individuales en complicidad muchas veces con el propio Estado, principal infractor de las normas, a través de las excepciones de las que se ha hecho mención.

Frente a este particular, el profesor García pretendió caracterizar el fenómeno cultural del incumplimiento a partir de tres perspectivas. En primer lugar, se refiere a la estratégica, según la cual, la gente incumple tras hacer un cálculo en torno al beneficio de la obediencia. El ser humano, como actor racional reflexiona acerca de los efectos de su incumplimiento y si la sanción que acarrea puede ser evitada, no es grave o no se compadece con los beneficios a obtener. En segundo lugar, está la perspectiva cultural, por la cual la razón de desacatar las reglas jurídicas radica en que los valores que de estas se derivan se encuentran en un nivel de importancia inferior a otros como, por ejemplo, los valores familiares, religiosos y morales. En último lugar, la perspectiva política explicaría que los individuos incumplen las reglas como acto de resistencia frente a una autoridad. Desde esta perspectiva, la sociedad se encuentra bajo la dominación de un grupo de usurpadores y las instituciones carecen de legitimidad, lo que supone para el subordinado una motivación para incumplir las reglas (García Villegas, 2011, p. 162- 164).

4. Conclusión.

La tradición colonial influyó de manera determinante en la organización de la cultura y la educación jurídica colombiana, de esta forma, tanto esquemas como valores arraigados durante este proceso histórico han moldeado la estructura legal y los sistemas de justicia. Igualmente, puede decirse que, las instituciones jurídicas importadas han dejado una huella profunda en la configuración de la cultura jurídica actual. Esta herencia se refleja en aspectos como la estructura del sistema legal, la legislación vigente, los procedimientos judiciales y las nociones de justicia.

De la misma manera, Colombia experimentó un gran influjo cultural y jurídico por parte de las potencias colonizadoras, que dejaron su marca en la estructura de la cultura y la educación jurídica. Por tanto, los modelos legales y los sistemas de enseñanza importados

durante ese periodo se arraigaron en la sociedad colombiana y se convirtieron en elementos fundamentales de la formación jurídica en el país.

Las prácticas traídas de otros países se ven plasmadas en la construcción histórica de la educación jurídica, en aspectos como los programas de estudio en las facultades de derecho, los métodos de enseñanza, las bases teóricas y filosóficas del derecho, y las prácticas legales arraigadas en el sistema judicial colombiano. Estas influencias han dado forma a la idiosincrasia y a las perspectivas de los profesionales del derecho, así como a la manera en que se entiende y se aplica la ley en Colombia.

Es importante buscar la adaptación y la evolución de la cultura y la educación jurídica, de modo que se muestren los valores y los principios de justicia propios de las necesidades de la sociedad colombiana en la actualidad.

La manipulación de la normativa y su aplicación selectiva en función de los intereses políticos y económicos de cada gobierno socava la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia. Esta situación impide el pleno ejercicio del estado de derecho y debilita la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Además, esta falta de imparcialidad y autonomía en la aplicación de la norma puede conducir a la impunidad, la corrupción y la injusticia, erosionando el tejido social y generando descontento y desconfianza en las instituciones democráticas del país.

Lo anterior, pone en entredicho la independencia y la imparcialidad del sistema judicial y la administración de justicia, generando consecuencias negativas para el estado de derecho y la protección de los derechos de los ciudadanos. Es fundamental abordar esta problemática para fortalecer la confianza en las instituciones y garantizar un sistema de justicia equitativo y transparente en beneficio de toda la sociedad.

5. Bibliografía.

- CAJAS SARRIA, M. A. (2020). “La ley heroica o de defensa social de 1928 contra la amenaza bolchevique en Colombia”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Nº42), pp. 429-454. DOI:10.4067/S0716-54552020000100429
- CONTRERAS RODRÍGUEZ, N.Y. (2018). “Ley de Justicia y Paz en Colombia: un acercamiento desde los medios de la comunicación”. *Revista de Paz y Conflictos*, (Nº 2), pp. 179-199. DOI: <https://doi.org/10.30827/revpaz.v11i2.6489>
- COOPER, H. M. (1998). *Synthesizing research: A guide for literature reviews* (3rd ed.). Sage Publications.
- DELGADO GARCÍA, G. (2010). “Conceptos y metodología de la investigación histórica”. *Revista Cubana de Salud Pública*. (Nº36), pp. 9-18. En línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21416134003>
- DELGADO RODRÍGUEZ, P. A. (2020). “La educación jurídica en Colombia: transformaciones y tendencias recientes”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* (REJIE Nueva Época), (Nº23), pp. 83-99. [En línea] <https://revistas.uma.es/index.php/rejienuevaepoca>
- DELGADO RODRÍGUEZ, P. A. (2022). *La formación de juristas en Colombia y el nuevo contexto de la innovación docente y el aprendizaje en la Educación Superior*. Tesis doctoral, Editorial. Universidad de Granada. En línea: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/77264>

- DÍAZ JARAMILLO, J. A. (2019). “Los trabajos de la memoria: La masacre de las bananeras y los sectores subalternos en Colombia, 1929-2008”. *Trashumante. Revista Americana de Historia Social*, (N|13), pp. 30–54. doi: 10.17533/udea.trahs.n13a02.
- GAITÁN BOHÓRQUEZ, J. (2002). *Huestes de Estado. La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*. Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario.
- GARCÍA VILLEGAS M. & CEBALLOS BEDOYA M. A. (2019). *La profesión jurídica en Colombia*. Bogotá, Editorial: Dejusticia.
- GARCÍA VILLEGAS, M. & UPRIMNY, R. (2005). “¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción”. Documentos de Discusión de DJS (1). En línea: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_198.pdf
- GARDNER, J. A. (1980). “Legal imperialism: American lawyers and foreign aid in Latin America”. *Journal of Latin American Studies*, (Nº1), pp.206-208.
- GIL S., C. (1938). *Libro de Acuerdos Públicos y Privados de la Real Audiencia de Santa Fe en el Nuevo Reino de Granada*. Bogotá, editorial: Tipografía COLÓN, Casa Editorial.
- GOYES MORENO I. (2008). La enseñanza del derecho en Colombia 1886-1930. (San Juan de Pasto, Colombia). Tesis doctoral Universidad de Nariño, Colombia En línea: <http://doctorado.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2018/03/Tesis-Isabel-Goyes-Moreno.pdf>
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, R.; FERNÁNDEZ COLLADO, C. & BAPTISTA LUCIO, M.P. (2014). *Metodología de la Investigación*, México, editorial: Interamericana.
- JIMÉNEZ, C. (2009). “Aplicación e instrumentalización de la doctrina de seguridad nacional en Colombia (1978-1982): Efectos sobre la temática de derechos humanos”. *Revista Reflexión Política*, (Nº 22), pp.158-174. En línea: <file:///D:/Downloads/Dialnet-EI/EstatutoDeSeguridadLaAplicabilidadDeLaDoctrinaDe-3226580.pdf>
- MÁPURA RAMÍREZ, L. M. (2013). La cultura jurídica en Colombia: Un fenómeno que necesita actualizarse. Tesis de maestría universidad Nacional de Colombia. En línea: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/11991>
- MC FARLANE, A. (2002). “La construcción del orden político: La primera república en la Nueva Granada, 1810-1815”. *Revista Historia y Sociedad*, (Nº8), pp. 47-82. En línea: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/hisysoc/article/view/23215>
- MONROY CABRA, M. G. (1999) “Reflexiones sobre la enseñanza del derecho en Colombia”. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, (Nº1), pp.162-182. En línea: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/151>
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ J. R. (2010). *Cultura jurídica ideas e imágenes*. México, editorial: Porrúa.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. A. (2006). “Globalización, reforma judicial y estado de derecho en Colombia y américa latina: El regreso de los programas de derecho y desarrollo”. *Revista Iusta*, (Nº25), pp. 179-216. En línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358683009>

- SALAMANCA, F. (2010). Educación legal en Colombia. análisis cuantitativo desde una perspectiva histórica. *Los Abogados en Colombia*, 103-143.
- SASTOQUE, E. C., & GARCÍA, M. (2010). “La guerra civil de 1876-1877 en los Andes nororientales colombianos”. *Revista de Economía Institucional*, (Nº22), pp. 193-214.
- VARGAS MORALES, M. A. (2014). “La libertad de enseñanza en disputa. Colombia, 1848-1876”. *Revista Ariadna Histórica. Lenguajes, Conceptos, Metáforas*. (Nº 3), pp. 35-55. En línea: [file:///D:/Downloads/11258-1-48128-1-10-20141101%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/11258-1-48128-1-10-20141101%20(1).pdf)

Reseñas

RECENSIÓN DE *El valor de la Justicia en las metodologías activas de aprendizaje*. CARO GÁNDARA, R. (DIRA.), SALAS PORRAS, M. Y VIGO SERRALVO, F. (COORDS). WOLTERS KLUWER: EDICIONES LABORUM. MURCIA, 2022. 260 PP. ISBN: 978-84-1914-532-1.

M.ª Jesús Elvira Benayas
Profesora Contratada Doctora
Universidad Autónoma de Madrid
mariajesus.elvira@uam.es

La presente obra recoge las reflexiones sobre un nuevo modelo de enseñanza universitaria y en contexto en el que se desarrolla (o debería desarrollarse) así como propuestas de futuro para nuevas asignaturas y enfoques y experiencias específicas en distintas ramas jurídicas en las que se materializan y evalúan los principios, reflexiones y consideraciones sobre metodologías activas de aprendizaje. Es el resultado final del Proyecto de innovación educativa “Metodologías activas de aprendizaje apoyadas en tics y transferencia del valor de la justicia social, medioambiental y global al entorno cultural y profesional (Clinic-Lab)”, vinculado con el Laboratorio de Justicia relacional y ecología humana (Fraterni-Lab 2018-2020) y con el Instituto de Justicia, cooperación y Servicios de Interés general de la UMA (*Relatio*) en los que participan la casi totalidad de autores/as.

El eje del mencionado Proyecto gira entorno al uso de las metodologías activas (algunas de las cuales son objeto de contribuciones específicas en esta obra – por ejemplo, la que se refiere al aprendizaje basado en proyectos (José Antonio Rueda Monroy); o el uso de las clínicas jurídicas para simulación de prácticas profesionales (Cynthia Mata Torres o Francisco Vigo Serralvo) -*learning by doing*-, pero, también, como un mecanismo de transferencia de conocimiento y retorno a la sociedad de la inversión realizada en el aprendizaje. No menos importante en el referido Proyecto es el papel inspirador, informador e interpretativo que la Justicia cumple en el conjunto del ordenamiento jurídico (aunque también en otros ámbitos como el social o el global).

En el Prefacio de la obra (“La Justicia como valor docente”) Rocio Caro Gándara (Coordinadora de Clinic-Lab) aborda el papel de la Justicia como un instrumento para generar una conciencia crítica, humanizar el proceso de aprendizaje y fomentar la solidaridad. Recuerda – a mi juicio de forma necesaria- que esa es la función social de la Universidad pública: la de formar profesionales socialmente comprometidos (en el caso que nos ocupa, juristas socialmente comprometidos).

En este orden de cosas, describe la experiencia de la Clínica Jurídica como un instrumento eficaz para materializar dichos objetivos y poner en práctica métodos de aprendizaje activo a través del planteamiento de casos reales que el alumnado debe resolver, con la supervisión del profesorado y mediante el uso de herramientas creadas por los participantes en el proyecto de innovación docente mediante Kahoot, creación de bases de datos de legislación y jurisprudencia, elaboración de posters científicos con Canva, entre otros.

Para concluir, la crisis pandémica del COVID-19 y la invasión de Ucrania (y la guerra que lleva aparejada, con el drama humano que lleva aparejada) suponen nuevos retos para el grupo



de investigación y, anuncia la profesora Caro Gándara, hace necesaria la presentación de un nuevo proyecto en el que la Clínica Jurídica estará orientada a la atención a las víctimas de la guerra y personas desplazadas.

El primero de los trabajos lo presenta Jorge Romero-Castillo lleva como título “Aportaciones de la Neuropsicología al Constructivismo como base de las metodologías activas de aprendizaje”. En él su autor analiza el funcionamiento de los mecanismos de aprendizaje, su evolución a lo largo de la vida y cómo su conocimiento resulta de suma utilidad para los docentes, ya que les permite adaptar las metodologías teniendo en cuenta los datos que la Neuropsicología puede aportar.

Los conocimientos previos (y específicos de cada alumno/a), la capacidad de relacionar ideas y conceptos con los mismos, son la base sobre la que se sustentan los mecanismos para la adquisición de conocimientos futuros y para su consolidación como base de la construcción de nuevos conocimientos. Esto es, el aprendizaje por relación en la que la labor del/ de la docente consiste en reducir o eliminar lo falso, lo falaz, los “neuromitos” (p. 17). Es aquí donde se engarzan los procedimientos de aprendizaje activo en los que los protagonistas son los/las estudiantes que no juegan un papel de meros/as receptores/as de información, sino que son quienes construyen la adquisición de nuevos conocimientos, con un mayor compromiso con su aprendizaje, mayor autonomía y responsabilidad. Procedimientos en los que el/la docente no se limita a la mera solución de problemas, sino que se convierte en “un elemento facilitador para el desarrollo eficaz de la metacognición (entendida como la capacidad para pensar sobre los propios pensamientos” p. 19).

Establece una cierta clasificación del aprendizaje (activo, significativo, por descubrimiento) a la que corresponden distintas aproximaciones y enfoques en aras de obtener los resultados deseados. Concluye en autor con reflexiones y sugerencias sobre la mejora de la educación y con la idea de que la sorpresa y la curiosidad son el motor del aprendizaje (p. 32).

El segundo trabajo es el propuesto por Lucía Arangüez Valenzuela bajo el título “Métodos de innovación docente a través de las TIC para mejorar la calidad en la educación superior universitaria: un estudio aplicado al Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos”. La autora describe una experiencia práctica de la innovación docente en un entorno definido. En primer lugar, establece la finalidad que se persigue: la creación de entornos virtuales para el acceso y producción del conocimiento (p. 37). Analiza los riesgos (la interconectividad como causa de la “saturación informática” (p. 38); los fallos de la propia red que generan problemas en la docencia, necesaria adquisición del alumnado de competencias digitales (alfabetización), sobrecarga informativa, entre otros) y los beneficios (inversión de roles -aula invertida-, adquisición mediante distintas técnicas y ajuste de la valoración a distintos métodos y el fomento de la evaluación continua). El resultado es el uso de distintos métodos de aprendizaje utilizando recursos proporcionados por distintas plataformas: Pulsadores (en grupo, con material de repaso que permite un cierto debate dentro del grupo y que aporta un elemento lúdico al repaso, con reconocimiento en la evaluación); Filmación y teatralización (en grupo, sobre un tema elegido o propuesto por el/la docente, con elaboración de un video y un Kahoot para conocer lo que el resto de grupos ha entendido de la actividad; actividades de debate a través del uso de las TIC (en grupo, distribución de temas y tareas – diversidad de posiciones- y Doodle para valorar lo entendido por el resto de los grupos); Kahoot (aprendizaje a través de juegos); uso de las redes sociales (TikTok y LinkedIn).

Concluye con una propuesta de mejora del aprendizaje basado en TIC que requerirá de apostar por la formación en innovación educativa, avanzar en la protección de la “desconexión” digital, mejorar la claridad y la eficacia en el aprendizaje de las tareas y su reflejo en el sistema de evaluación o fomentar la creatividad y las estrategias de juego.

El tercer trabajo lo presenta Mabel López García, centrado, en esta ocasión en el Derecho Administrativo con el título “Evaluación continua y propuesta para el desarrollo del ser jurídico. Una visión práctica desde el Derecho Administrativo”. El Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad sitúa a las competencias como elemento esencial que definen los conocimientos, las habilidades que el alumnado debe adquirir y que condicionan los sistemas de evaluación para establecer su consecución. Dichas competencias se establecen por cada Universidad, por cada Área de conocimiento, definiéndose también competencias generales por Grado y específicas por cada asignatura.

En definitiva, la adquisición de las competencias condiciona las metodologías docentes y los modelos de evaluación.

La autora analiza la experiencia desde el Derecho Administrativo (en un momento específico como fue la irrupción de la COVID-19). La metodología docente utilizada fue variada combinando clases magistrales, con exposiciones orales -preparadas en grupo- en las que se profundizaban sobre ciertos temas del programa, o debates sobre problemas propuestos. La evaluación de los resultados se realizó a través de diversas pruebas (cuestionario tipo test, exposición oral en clase, prueba a mitad de temario) que conformaban el 30% de la calificación y una prueba final que presentaba un caso complejo con preguntas dirigidas que completaban el 70% restante. En todo ello, se destaca el papel fundamental de las tutorías.

Lucía I. Serrano-Sánchez analiza los “Estudiantes vulnerables y vulnerabilidades invisibilizadas: una necesaria reforma del método de enseñanza y de evaluación universitaria desde la perspectiva de la Justicia social”. De nuevo, el punto de partida son las vulnerabilidades que la COVID-19 puso de manifiesto y que no habían presentado con anterioridad, requiriendo de acciones específicas: alumnado con escasos recursos económicos; alumnado con discapacidad (psíquica: cuadros de ansiedad o depresión, o visual, motora...); alumnado que es, a su vez, progenitor/a y/o trabajador/a y/o con familiares a su cargo; o alumnado extranjero cursando estudios en España durante la pandemia (sin red familiar de apoyo) -con especial consideración del alumnado ruso, ucraniano y bielorruso y las sanciones económicas adoptadas con motivo de la invasión de Ucrania. Todas estas situaciones requirieron de intervenciones con recursos de las propias universidades para hacer frente a estas situaciones.

Por otra parte, se hace referencia al Anteproyecto de Ley orgánica del sistema universitario (actualmente, Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo) en la que se propone un cierto ajuste en los sistemas de evaluación del alumnado con alguna discapacidad -pero sin considerar el resto de las vulnerabilidades. En ella el/la docente debe crear un sistema de evaluación flexible para considerar a todo tipo de alumnado y se prevé la necesidad de su formación en la detección de ciertos problemas para que pueda remitir a profesionales especialistas.

El siguiente trabajo lo presenta Cynthia Mata Torres “Las clínicas jurídicas como instrumento para fomentar la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”. En la labor de las clínicas jurídicas se materializa el principio de Justicia y crea un nexo con la tutela judicial efectiva, mediante la asistencia, asesoramiento de colectivos vulnerables o de organizaciones sin ánimo de lucro, pero, sobre todo tiene un alto valor didáctico porque a través de su labor el alumnado aprende a qué debe hacer sobre casos reales.

María del Pilar Castro López presenta un trabajo sobre “La importancia de formar en Gobierno Abierto, ¿qué podemos hacer desde la universidad?”. Tras presentar en qué consiste y qué supone el Gobierno abierto (acceso público a la información de las instituciones y de los organismos públicos, transparencia, fiscalizar la corrupción) manifiesta su desconocimiento y falta de implicación ciudadana.

En los Planes de Acción de Gobierno abierto el eje fundamental se sitúa en la formación y en la educación (Guías Didácticas para alumnado y profesorado). Por lo que se refiere a la enseñanza universitaria se indican distintas iniciativas en las que se implican a todos los estamentos universitarios a través de formación específica, de incorporación en los planes de estudio de sus principios y objetivos o de actuaciones de las universidades a través de sus propios portales de transparencia o mediante específicos Planes de Acción.

El siguiente trabajo lo presenta Jorge Baquero Aguilar “Vacíos de Justicia en el acceso al empleo público (Un enfoque docente)” en el que analiza el tratamiento de la justicia en la asignatura de Teoría de las relaciones laborales y la necesidad de cubrir los “vacíos de Justicia” mediante mecanismos de resolución de disfunciones y paradojas normativas.

José Antonio Rueda Monroy analiza “El aprendizaje basado en proyectos: una propuesta para la adquisición de competencias en estudios jurídicos partiendo de hechos”. En él se analiza una de las metodologías activas de aprendizaje y se determina con precisión cómo planificarla para alcanzar el éxito en los objetivos establecidos. Así se indican cuáles son las distintas fases de la organización y cuál es el contenido de cada una de ellas, así como su evaluación final.

El penúltimo trabajo que compone esta obra es el presentado por María Salas Porras “La idea de Justicia en Occidente: propuesta de asignatura para el Grado de Derecho” en la que propone la inclusión de un estudio de la Justicia con independencia de materias específicas, engarzándola con competencias ya existentes y conectándola con valores democráticos y de justicia social. La autora propone una Guía Docente de la asignatura.

Concluye la obra el trabajo de Francisco Vigo Serralvo “La metodología de Clínica jurídica para la enseñanza del Derecho del Trabajo y la Seguridad social. Análisis FODA a través de la experiencia en el PIE Clinic-Lab UMA” en el que se valoran las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas de la Clínica Jurídica y su impulso como método activo de aprendizaje.

Como conclusión he de señalar que se trata de una obra de lectura amena, interesante, muy sugerente -aunque algunos de los trabajos se centran en asignaturas concretas, su extrapolación a otras asignaturas jurídicas es factible y, en mi opinión, aconsejable en algún caso- y que genera la curiosidad necesaria para avanzar en la formación de los docentes en las metodologías activas de docencia/aprendizaje.

RECENSIÓN DE *Los conceptos autónomos en el Derecho de la Unión Europea*. SÁNCHEZ FRÍAS, A. TIRANT LO BLANCH. VALENCIA, 2023. 252 PP. ISBN: 978-84-1147-480-1.

Eduardo Jiménez Pineda
Profesor Sustituto (acreditado a Contratado Doctor) de Derecho Internacional Público
Universidad de Córdoba
eduardo.jimenez.pineda@uco.es

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en tanto que institución de esta organización internacional de integración que debe actuar, de acuerdo con el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos, ha venido desarrollando desde el inicio del proceso de integración europea una labor exegética de gran relevancia, que ha contribuido significativamente a la construcción y armonización de la “comunidad de Derecho” que es la Unión Europea.

Dentro de esta labor jurisprudencial destaca, sin duda, la teoría de los conceptos autónomos, un objeto de estudio que ha recibido hasta ahora una atención limitada por parte de la doctrina, laguna doctrinal que la obra objeto de la presente recensión viene a colmar, toda vez que en la misma el profesor Alejandro Sánchez Frías analiza con solvencia, entre otros aspectos, los orígenes, la justificación, el desarrollo y los límites de esta teoría de los conceptos autónomos que, a mi juicio, tras la publicación de esta obra va a recibir un renovado interés entre los académicos y los prácticos del Derecho de la Unión Europea.

La técnica de los conceptos autónomos, como acertadamente sostiene el autor, encuentra su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) -órgano judicial competente para conocer de las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en sus Protocolos por parte de los Estados parte de dicho Convenio- que a partir de 1976 comenzó a emplearla para definir el concepto de “cargo criminal”. Desde entonces, el TEDH ha recurrido a esta técnica jurisprudencial con objeto de dotar de contenido a términos incluidos, pero no definidos, en los instrumentos internacionales, y con respecto a los cuales hay divergencias en las definiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales, configurando conceptos autónomos, según pone de relieve el autor, tales como “obligaciones y derechos civiles”, “víctima”, “hogar” o “funcionario público”.

Partiendo de estos antecedentes de la técnica de los conceptos autónomos, el profesor Sánchez Frías se propone en esta obra dar respuesta al modo en que se definen los conceptos autónomos, al modo en que se justifica su uso y a las eventualidades a que éstos se enfrentan. A tal efecto, el autor centra su análisis en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque, con toda lógica, acude de forma auxiliar a los estudios sobre la interpretación autónoma en el Derecho Internacional y en el CEDH, y, desde una sistemática certera, estructura su obra en los cuatro capítulos siguientes.



En el capítulo primero, sobre *separación de poderes, interpretación y activismo*, el autor aborda la crítica al llamado “gobierno de los jueces” (derivada en buena medida del gran activismo judicial liderado por el TJUE y realizada inicialmente por la doctrina británica), el rol del Tribunal de Justicia como motor del proceso de integración europea y, también, su destacada labor interpretativa (incluyendo la articulada por la vía de los conceptos autónomos) que da sentido a la actuación de este órgano judicial. Se trata de un capítulo introductorio que, a la luz de los casos bien conocidos de Estados Miembros como Polonia y Hungría, reviste un gran interés y actualidad. Aunque están presentes consideraciones generales e iniciales sobre la separación de poderes o los orígenes de la jurisprudencia del TJUE, se expone fundadamente un recorrido sobre los autores clásicos y sus concepciones sobre los tribunales de justicia, citando el autor desde Aristóteles hasta Santo Tomás de Aquino pasando, como no podía ser de otro modo, por Locke y Montesquieu. Este capítulo concluye haciendo hincapié en las célebres primeras sentencias del Tribunal de Justicia -*Van Gend & Loos*, *Costa c. ENEL* y *AETR*- a partir de las cuales se inició una “revolución silenciosa” por la vía jurisprudencial que ha culminado en la enorme importancia que esta institución reviste en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea.

En el capítulo segundo, titulado sucintamente *orígenes y justificación*, el autor despliega un esfuerzo ímprobo por explicar y defender la existencia misma de la técnica de los conceptos autónomos, los cuales, según afirma razonadamente el autor, no son en la mayoría de los casos definidos por el TJUE de manera absoluta. Se trata del capítulo más extenso y, a mi juicio, más importante de esta obra, que consta de cuatro objetos principales de estudio, a saber: la interpretación autónoma en el Derecho Internacional Público, la interpretación autónoma en los convenios de Derecho Internacional Privado, los conceptos autónomos en el CEDH y, de manera destacada, la interpretación autónoma por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En esta parte de la obra el autor no obvia la referencia interpretativa que, sin duda, constituyen los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados adoptada en 1969 (que declaran las normas consuetudinarias en este ámbito). Nuevamente, se acude a la doctrina más autorizada, como los autores Lauterpacht o Fitzmaurice, para colegir que la interpretación autónoma está conectada con el principio del efecto útil. A mayor abundamiento, en mi opinión, debe destacarse muy positivamente tanto la abundante jurisprudencia que el profesor Sánchez Frías analiza pormenorizadamente para dilucidar los conceptos autónomos como la pertinencia de las sentencias escogidas. Entre ellas, debe destacarse el caso *Engel*, en el que por primera vez, en 1976, el TEDH recurre a los conceptos autónomos, y el caso *Ekro*, en el que el TJUE dictó sentencia en 1984, y que permite al autor acuñar “la fórmula Ekro”. Conforme a esta última, es necesario aplicar de manera uniforme el Derecho de la Unión Europea y el principio de igualdad, teniendo en cuenta el contexto del precepto y el propósito de la norma así como el límite consistente en que el término a interpretar no haga referencia expresa al Derecho de los Estados Miembros. En este sentido, el TJUE ha recurrido a argumentos como la unificación, la armonización, la voluntad del *legislador europeo* manifestada en los considerandos de los actos legislativos, el principio de confianza mutua o los criterios contextuales y teleológicos para justificar la realización de interpretaciones autónomas de conceptos como “embrión” o “empleado”.

Precisamente, en el capítulo tercero el autor *desarrolla* los distintos métodos interpretativos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la definición del contenido de los múltiples conceptos autónomos. Entre estos métodos, el autor estudia el modo en que el TJUE se ha aproximado a la interpretación autónoma mediante la interpretación literal, histórica, contextual, teleológica y comparada, métodos que, en buena medida, recuerdan a los artículos 31 a 33 anteriormente referidos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, al Derecho

Internacional General aplicable a esta materia. Esta labor exegética, como es sabido, está condicionada negativamente por la existencia de 24 lenguas oficiales en la Unión Europea que provocan, en ocasiones, el recurso por el legislador europeo a la creación de una serie de neologismos propios del ordenamiento de la UE. A este respecto, el profesor Sánchez Frías colige que la jurisprudencia del TJUE en materia de conceptos autónomos refleja un uso prioritario de interpretaciones sistemáticas y teleológicas, quedando la interpretación literal reconducida a un método auxiliar, y, asimismo, que el TJUE no usa de modo explícito los conceptos autónomos para contradecir el tenor literal de la norma, sino que los emplea para dotarles de un sentido que favorezca el efecto útil de la disposición objeto de interpretación. Por otra parte, a juicio del autor, el Tribunal de Luxemburgo es poco partidario del método comparado, siendo más habitual, en cambio, su defensa de la eficacia y de la autonomía del ordenamiento de la Unión.

En todo caso, esta técnica de los conceptos autónomos encuentra una serie de *límites*, expuestos en el capítulo cuarto y último de esta obra, tanto para el TEDH (para el que el margen de apreciación funciona como contrapunto a la interpretación autónoma cuando no existe un consenso suficiente en la materia) como para el TJUE (para el que, de acuerdo con la *doctrina Ekro* anteriormente señalada, el concepto a interpretar no puede contener una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance). No obstante, en estos últimos casos el Tribunal de Justicia ha acudido a la remisión por falta de elementos interpretativos en el ordenamiento jurídico de la UE y a la denominada “remisión implícita” al Derecho de los Estados miembros, como fórmula existente dentro de la interpretación autónoma. En palabras del autor, más que un límite a dicha interpretación autónoma se trata de una suerte de efecto que encuentra su origen y desarrollo en las conclusiones de los abogados generales en aquellos supuestos en los que el Derecho de la Unión Europea “no está lo suficientemente desarrollado como para encontrar ‘los ingredientes’ que permitan la elaboración de un concepto autónomo”. A juicio del autor, opinión que comparto tras la lectura de su estudio, el empleo de conceptos autónomos en casos en los que el legislador europeo ya ha optado por incluir una definición anclada a los ordenamientos de los Estados Miembros acerca peligrosamente al TJUE a las críticas de activismo judicial y de gobierno de jueces con las que daba comienzo esta obra.

Pues bien, el profundo estudio realizado permite al autor alcanzar una serie de *reflexiones finales* interesantes y bien formuladas, en las que sintetiza su investigación sobre esta técnica jurisprudencial que, como vengo apuntando, permanecía hasta la publicación de este trabajo en una suerte de ostracismo académico. Entre estas conclusiones, pueden destacarse la definición de la técnica de la interpretación autónoma (compuesta de conceptos interpretados de forma autónoma por el TJUE) y su marco teórico elaborado en función de la abundante jurisprudente consultada, la justificación del recurso a esta técnica en atención al principio de igualdad, al objetivo armonizador y al principio del efecto útil o la existencia de una serie de límites a la aplicación de los conceptos autónomos que el autor define mediante la “fórmula Ekro”. Ahora bien, considero que la conclusión de mayor significación alcanzada por el profesor Sánchez Frías radica en la propuesta de una “estructura general de cómo se desarrollan los casos sobre conceptos autónomos ante el TJUE” y que consistiría, según dicho autor, en las siguientes fases: 1) la aplicación de una norma de la Unión Europea es excluida por las autoridades nacionales; 2) la exclusión de la aplicación de la norma de la UE es llevada ante los tribunales nacionales, que elevan esta interpretación ante el TJUE; 3) el Tribunal de Luxemburgo examina si existen límites para el recurso a una interpretación autónoma; 4) superados los límites, el TJUE justifica el recurso a la interpretación autónoma; 5) el TJUE sigue los métodos interpretativos para dar contenido al concepto; y, 6) la interpretación final del concepto pasa a formar parte de la categoría de “casos de resultado” o de “casos de orientación”. En todo caso, el autor culmina

esta obra criticando positivamente esta labor jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puesto que, aún siendo deseable en su opinión el seguimiento de una metodología interpretativa coherente y de un razonamiento sólido en el marco de los conceptos autónomos, su actividad interpretativa ha sido ponderada, certera y, en fin, justa.

La obra reseñada, en suma, condensa un trabajo de gran complejidad técnica, toda vez que la exégesis, es decir, la interpretación acertada de las normas, constituye una de las labores más exigentes que debe afrontar un jurista. En este sentido, puede afirmarse que el profesor Sánchez Frías ha superado con creces el objetivo que se proponía al comienzo de su obra –“ofrecer una visión más integral del puzzle que supone en ocasiones la interpretación autónoma de los conceptos por parte del TJUE”–, demostrando una madurez académica en absoluto incompatible con su juventud. A mayor abundamiento, se trata de una obra de gran calidad, con una estructura y un desarrollo discursivo claros, correctamente apoyada en la bibliografía existente, que, en definitiva, encierra un rico estudio jurisprudencial sobre una técnica interpretativa un tanto desconocida. A la postre, esta monografía contribuye a refirmar la labor tan relevante que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (paralela a la realizada por las demás cortes y tribunales internacionales) para la armonización y la precisión del sentido y alcance del Derecho de la Unión Europea.

